Dr. H. Akhmad Khisni, S.H.,M.H.

METODE IJTIHAD & ISTIMBAD

Ijtihad Hakim Peradilan Agama

H. A. Khisni, S.H., M.H.

METODE IJTIHAD & ISTIMBAD

(Ijtihad Hakim Peradilan Agama)

UNISSULA PRESS
ISBN. 978-602-8420-66-2

Perpustakaan Nasional
Katalog Dalam Terbitan (KDT)

ISBN. 978-602-8420-66-2
Metode Ijtihad dan Istimbad, Ijtihad Hakim Peradilan Agama
Oleh: Dr. H. Akhmad Khisni, S.H., M.H.
14 x 20 ; vi + 122

Diterbitkan oleh
UNISSULA PRESS Semarang

Design sampul dan tata letak: Yoga
Editor: Sumain

Cetakan : Februari 2018

KATA PENGANTAR

Assalamu'alaikum Wr. Wb.

Alhamdulillahirobbil 'alamin. Segala puji bagi Allah, Rabb semesta alam, yang telah melimpahkan nikmat, kesempatan dan kekuatan sehingga buku ini dapat terbit dan sampai di hadapan sidang pembaca yang budiman.

Kehidupan yang serba kompleks ini tidak pernah berakhir perubahan dan dinamikanya dan yang abadi itu adalah perubahan dan dinamika itu sendiri. Hukum yang sudah dibuat dalam bentuk undang-undang atau hukum Islam dalam bentuk produk akal akan selalu kondisional dan ketingggalan atas perubahan dan dinamika kehidupan masyarakat yang dialaminya. Hukum (Islam) tidak pernah dapat tuntas menjawab permasalahan hukum yang terjadi di dalam masyarakat, atau dengan kata lain hukum telah selesai pembuatannya, tetapi kehidupan tidak pernah selesai perubahan dan dinamikanya. Apakah hukum (Islam) yang sudah selesai pembuatannya itu dapat menjawab persoalan kehidupan masyarakat yang tidak pernah selesai?

Untuk dapat menjawab persoalan di atas, perlu pengembangan hukum Islam dan pentingnya atau relevansi ijtihad untuk menjawab tantangan zaman. Ini dapat dilihat di awal kebangkitan Islam, umat Islam memperlihatkan semangat ijtihad yang tinggi dan didasarkan kepada keahlian di bidang hukum Islam.

Salah satu yang perlu dicatat, bahwa dalam usaha menggali makna al-Qur'an dan Sunnah Rasulullah SAW. serta rahasia-rahasia hukum yang terkandung di dalamnya para mujtahid telah merumuskan metodologi ijtihad. Berkat penerapan metode ijtihad itulah hukum Islam berkembang dalam sejarah.

Metodologi ijtihad itu saat ini dikenal dengan istilah "ushul fikih". Melalui metodologi ini, al-Qur'an dan Sunnah Rasulullah di samping dapat dikembangkan dari segi kebahasaannya, juga dikembangkan dari segi substansinya.

Dengan berpegang kepada ushul fikih seorang mujtahid dapat memastikan posisi akal pikirannya dalam memahami wahyu, mana yang harus diterima apa adanya dan mana yang boleh atau harus melalui proses pemikiran akal.

Kemampuan untuk mengembangkan ide-ide wahyu sangat diperlukan, terutama ketika seorang ahli hukum Islam berhadapan dengan masalah-masalah baru, akibat dari perubahan dan perkembangan sosial di kalangan umat Islam.

Buku ini memaparkan tentang pengertian dan pentingnya melakukan ijtihad, serta ijtihad yang dilakukan oleh hakim peradilan agama dalam menjawab kasus hukum yang dihadapkan kepadanya.

Semoga buku ini dapat memberikan nilai guna dan manfaat dan bahan diskusi dalam pengembangan hukum Islam.

Kami mohon kritik dan saran pembaca kami harapkan demi perbaikan buku ini.

Wassalamu'alaikum Wr. Wb.

Semarang, Februari 2018

Penulis

H. Akhmad Khisni

DAFTAR ISI

PENGERTIAN DAN RELEVANSI IJTIHAD DALAM PENGEMBANGAN HUKUM ISLAM

Ijtihad dalam Islam seperti yang dikutip oleh Amir Mu'allim sebagaimana dikatakan oleh Iqbal mengandung pengertian *the principle of movement*-daya gerak kemajuan umat Islam. Ijtihad merupakan kunci dinamika ajaran Islam, termasuk bidang hukumnya.[1].

Kehidupan yang serba kompleks ini tidak pernah berakhir perubahan dan dinamikanya dan yang abadi itu perubahan dan dinamika itu sendiri. Hukum yang sudah dibuat dalam bentuk undang-undang atau hukum Islam dalam bentuk produk akal akan selalu kondisional dan ketingggalan atas perubahan dan dinamika kehidupan masyarakat yang dialaminya. Hukum (Islam) tidak pernah dapat tuntas menjawab permasalahan hukum yang terjadi di dalam masyarakat, atau dengan kata lain hukum telah selesai pembuatannya, tetapi kehidupan tidak pernah selesai perubahan dan dinamikanya. Apakah hukum

---

[1] Amir Mu'allim, Metode Ijtihad Hukum Islam di Indonesia: Upaya Mempertemukan Pesan-pesan Teks dengan Realitas Sosial, (Pidato Pengukuhan dalam Jabatan Guru Besar dalam Ilmu Fikih, UII, 17 Juni 2006) hal. 13.

(Islam) yang sudah selesai pembuatannya itu dapat menjawab persoalan kehidupan masyarakat yang tidak pernah selesai?.

Untuk dapat menjawab persoalan di atas, perlu pengembangan hukum Islam dan pentingnya atau relevansinya ijtihad untuk menjawab tantangan zaman. Ini dapat dilihat di awal kebangkitan Islam, umat Islam memperlihatkan semangat ijtihad yang tinggi dan didasarkan kepada keahlian di bidang hukum Islam. Sejalan dengan itu, maka tiga setengah pasca wafat Rasulullah SAW. merupakan perupakan periode formatif bagi hukum Islam. Kendali perkembangan hukum Islam yang pesat tersebut berada pada tangan para mujtahid yang tangguh dan handal dalam bidang ini.

Salah satu yang perlu dicatat, bahwa dalam usaha menggali makna al-Qur'an dan Sunnah Rasulullah SAW. serta rahasia-rahasia hukum yang terkandung di dalamnya para mujtahid telah merumuskan metodologi ijtihad. Berkat penerapan metode ijtihad itulah hukum Islam berkembang dalam sejarah. Metodologi ijtihad itu saat ini dikenal dengan istilah "ushul fikih". Melalui metodologi ini, al-Qur'an dan Sunnah Rasulullah di samping dapat dikembangkan dari segi kebahasaannya, juga dikembangkan dari segi substansinya. Perkembangan hukum Islam dari segi substansinya lebih besar kepastiannya dalam menampung masalah-masalah baru. Di samping itu, dengan berpegang kepada ushul fikih seorang mujtahid dapat memastikan posisi akal pikirannya dalam memahami wahyu, mana yang harus diterima apa adanya dan mana yang boleh atau harus melalui proses pemikiran akal. Dengan demikian, maka dinamika hukum Islam sesungguhnya terletak pada kontak antara faktor keluwesan hukum Islam sendiri di satu pihak dan faktor dinamika, kreativitas, keahlian para ulama, serta faktor metodologi yang mereka gunakan pada pihak lain. Ketiga faktor tersebut telah berjalan harmonis sepanjang sejarah pembentukan hukum Islam dan masa tiga setengah abad setelah Rasulullah

Wafat.[2]

Seiring dengan tuntutan keadaan pada abad modern ini, orang sudah semakin mendambakan sebuah sistem hukum dan perangkat-perangkatnya yang dapat memenuhi tuntutan mereka, maka perumusan metodologi ijtihad yang kontekstual menjadi hal yang tidak dapat ditawar-tawar lagi. Kemampuan untuk mengembangkan ide-ide wahyu sangat diperlukan, terutama ketika seorang ahli hukum Islam berhadapan dengan masalah-masalah baru, akibat dari perubahan dan perkembangan sosialdi kalangan umat Islam. Usaha yang sungguh-sungguh dalam pemikiran hukum Islam itu, tentu saja dipahami sebagai ekspresi dari seorang muslim yang telah terkondisi oleh doktrin wahyu yang menurut sifatnya memberi peluang kepada akal pikiran manusia untuk mengembangkannya.

Sikap kesungguhan dalam berijtihad dimaksudkan hanyalah dalam pengertian keleluasaan dalam ruang lingkup yang diizinkan oleh syari'at atau dalam ruang lingkup yang secara metodologis dapat diakui. Dalam kerangka tersebut akal pikiran mempunyai peluang, di satu sisi untuk memahami ayat-ayat hukum dan Sunnah Rasulullah yang menurut sifatnya dan kenyataannya amat banyak yang berkehendak kepada daya ijtihad, dan di sisi lain untuk mewujudkan tata cara bagaimana ide-ide tersebut terwujud menjadi tatanan hidup umat manusia. Dua hal tersebut, yaitu menyimpulkan ide-ide wahyu dan bagaimana mewujudkannya menjadi tatanan hidup manusia, menjadi lapangan bagi daya nalar manusia.

Ada empat tingkatan mujtahid disebutkan oleh Abu Zahrah dalam kitab ushul fikih yang telah dikutip oleh Satria Effendi M.

---

[2] Ahmad Tholabi Kharlie, "Al-Syaukani: Profil Pembaru Pemikiran Hukum Islam," dalam ***Mimbar Hukum No. 53 Thn. XII 2001***, hal. 79.

Zein, sebagai berikut:[3]

a. *Mujtahid mustaqil*, yaitu seorang mujtahid yang mampu mengistimbatkan hukum dari sumber aslinya tanpa terikat dengan pendapat mujtahid lain, dan dalam praktek istimbatnya mempunyai rumusan metodologi (ushul fikih) sendiri. Umpamanya para mujtahid yang empat, yaitu: Abu Hanifah, Imam Malik, Imam Syafi'i, dan Ahmad bin Hambal;

b. *Mujtahid muntasib*, yaitu mujtahid yang dalam mengistimbatkan hukum terikat dengan metodologi imam mujtahid mustaqil tertentu, meskipun dari ijtihadnya tidak mesti sama dengan hasil ijtihad Imam mazhab. Contohnya, Abu Yusuf dari kalangan Hanafiyah, Al-Mujani dari kalangan Syafi'iyah, Ibnu Abdil Hakam dari kalangan Malikiyah, dan Ibnu Taimiyah dari Kalangan Hambaliyah. Tokoh-tokoh tersebut dalam berijtihad terikat dengan metodologi Imamnya masing-masing, sedangkan dalam masalah *furu'* (hasil ijtihad) banyak yang berbeda dengan hasil ijtihad Imam mazhabnya;

c. *Mujtahid fil mazhab*, yakni seorang mujtahid yang terikat dengan Imam mazhab tertentu, baik dalam metodologi istimbat,maupun dalam hasil ijtihad. Ia disebut mujtahid, karena usaha ijtihadnya dalam memecahkan hukum masalah baru yang hukumnya tidak diperoleh dalam fikih mazhabnya. Dalam hal ini, ia menggunakan metode istimbat Imam mazhab yang dianutnya;

d. *Mujtahid murajjih*, yaitu seorang mujtahid yang mengadakan ijtihad dalam bentu *muqarranah* (perbandingan) antara

---

[3] Satria Effendi M. Zein, "Pendidikan Syari'ah di IAIN dan Pembinaan Sikap Independen dalam hukum Islam," dalam ***Mimbar Hukum No. 11 Thn. IV 1993***, hal. 29.

pendapat-pendapat yang berbeda di kalangan ulama, menilai mana yang lebih kuat dalilnya. Tetapi mereka tidak pernak melakukan ijtihad dalam memecahkan masalah baru.

Mujtahid yang bagaimana di antara mujtahid di atas yang hendak diwujudkan masa kini. Yang paling ideal untuk diwujudkan di masa kini adalah mujtahid yang disebut pertama, yaitu *mujtahid mustaqil*. Namun bilamana tingkatan seperti itu sulit dicapai, maka setidaknya dapat diwujudkan satu model ahli hukum Islam yang independen, baik dalam metodologi maupun dalam hasil ijtihad. Artinya, dalam mengfungsikan warisan fikih-mazhab-mazhab, ia tidak terikat mazhab tertentu dan dalam ijtihad memecahkan masalah batu ia memakai memakai metode ushul fikih gabungan dari berbagai aliran, sanggup memilih mana yang lebih relevandengan masa kini.[4]

Penguasaan dan wawasan metodologi sangat-sangat penting dalam upaya gagasan pembaharuan hukum Islam. Kita lebih cenderung untuk mendalami hukum Islam (fikih) yang siap pakai, dibanding mendalami metotologi bagaimana fikih itu terbentuk dan bagaimana membentuk fikih baru.[5] Metodologi sebagai pedoman seorang mujtahid untuk menarik hukum dari sumbernya. Kemampuan daya nalar diperlukan, karena untuk berijtihad diperlukan dua macam kemampuan, yaitu kemampuan untuk memahami atau mengetahui maksud syari'ah *(maqashid al-syari'ah)* dan kemampuan untuk menetapkan hukum berdasarkan maksud syari'ah itu. Untuk itu merurut Syathibi yang dikutib Satria Effendi M. Zein, yaitu seorang harus memiliki *malakat*, yaitu semacam bakat untuk berpikir serius, karena dengan itu kemampuan tersebut di atas dapat dipenuhi. Adapun kesungguhan dalam menggali warisan ushul fikih zaman

---

[4] ***Ibid.,*** hal. 29.
[5] ***Ibid.,*** hal. 30.

silam diperlukan, karena dengan itu berbagai aliran ushul fikih dapat dijadikan bahan pilihan mana yang lebih layak untuk diterapkan.

Relevansi ijtihad untuk menjawab perkembangan zaman dalam upaya pengembangan hukum Islam tidak dapat dilepaskan *"tafaqquh fiddin"* yang mencakup atau meliputi semua segi pemahaman ajaran Islam dengan sasarannya adalah *"af'alul mukallafin"* atau dengan kata lain sasarannya adalah manusia dan masyarakatnya. Perilaku dan kegiatan manusia serta dinamika dan perkembangan masyarakatnya yang semula merupakan gambaran nyata dari *af'alul mukallafin*, yang ingin dipolakan dalam tata nilai yang menjamin tegaknya suatu kehidupan beragama dan masyarakat yang shalih (baik). Demikian juga realitas sosial sebagai dasar pertimbangan berijtihad.[6] Misalnya ijtihad Umar bin Khattab yang tidak menerapkan hukuman *had* kasus pencurian pada waktu paceklik. Realitas sosial budaya yang berkembang pada suatu wilayah bukan saja bisa mempengaruhi penilaian para fuqaha terhadap data-data hukum dari sumber-sumber subsider seperti *qiyas*, *'urf*, adat, *istihsan*, *maslahah* dan sebagainya, tetapi juga bisa mempengaruhi penafsiran mereka terhadap nas-nas syara' dalam al-Qur'am dan al-Sunah.[7]

Studi komprehensif yang telah dilakukan oleh pakar hukum Islam seperti al-qadhi Hasan, Imam Subki, Imam Ibnu Abd. Salam dan Imam Suyuthi, merumuskan bahwa kerangka dasar/umum dari hukum Islam (fikih) itu adalah:[8] (1) kepastian

---

[6] Amir Mu'alim, ***Metode Ijtihad Hukum Islam di Indonesia: Upaya Mempertemukan Pesan-pesan Teks dengan Realitas Sosial, Pidato Pengukuhan dalam Jabatan Guru Besar Bidang Ilmu Fiqh***, Disampaikan di depan Sidang Senat Terbuka Universitas Islam Indonesia, 17 Juni 2006, hal. 5.

[7] ***Ibid***., hal. 7.

[8] Ali Yafie, "Ke Arah Kontekstualisasi Fiqh," dalam ***Mimbar Hukum No. 13 Thn. V 1994,*** hal. 2.

(*al-yaqin la yurfa'u bissyak*), (2) kemudahan (*addhararu yuzal wal masyaqqatu tajlibu taisir*), dan (3) kesepakatan bersama yang sudah mantab (*al-'adah muhakkamah*). Di samping penciptaan hukum yang aktual dan kontekstual sesuai kaidah (4) perkara itu sesuai dengan niatnya (*al-umuru bi maqashidiha*). Dan pola umum dari hukum Islam (fikih) itu ialah: Kemaslahatan (*i'tibarul mashalih*).

Keterkaitan hukum Islam (fikih) dengan kehidupan nyata dan dinamis lebih dapat terbaca bila mana kita menelusuri cara-cara interpretasi yang menghubungkan suatu hukum dengan latarbelakang kontekstual lingkungannya yaitu dengan mempertimbangkan/ memperhatikan apa yang disebut *asbab nuzulil ayah* dan asbab *wurudil hadits*. Demikian pula bilamana kita menelusuri cara-cara pemecahan yang ditempuh oleh ahli hukum Islam *(fuqaha*) dengan adanya tingkat-tingkat pemecahan *lid dharurah* dan/atau *lil hajah* begitu juga dengan adanya tingkat-tingkat mashlahah *dharuriyyah, hajiyah* dan *tahsiniyah*. Ini berati bahwa kondisi-kondisi kontekstual mulai dari yang terburuk sampai dengan yang terbaik, turut dipertimbangkan dalam penerapan suatu ketentuan hukum *syar'i*.

Dari gambaran sepintas yang ditangkap di atas dapat dilihat seberapa jauh kontekstualisasi hukum Islam (fikih) itu telah berkembang dan bahwa tidak ada sesuatu hukum Islam (fikih) yang tekstual, terlepas dari konteks *asbab, syuruth dan mawani'*.[9] Para ulama mulai dari angkatan sahabat sampai pada *fuqaha mutaakhirin* tidak pernah berhenti dalam mengembangkan hukum Islam (fikih). Setelah *tasyri'* berakhir dengan wafatnya Rasulullah SAW. Segera pereode tadwin menyusul di mana unsur-unsur fikih (hukum Islam) itu diolah dengan metode ijtihad yang mengembangkan *ijma', qiyas* dan *istiqra'*. Seterusnya dalam *periode tahzib* disempurnakan sistematikanya dan mengalami beberapa reformulasi sampai pada pembakuan

[9] ***Ibid.,*** hal. 3.

formatnya. Dan periode *taqlid* yang berlangsung cukup lama hasil-hasil yang telah dicapai pada periode-periode sebelumnya, dapat dipertahankan sehingga dapat diwariskan kepada periode *taqnin* yang kini telah berkembang.

Dalam studi hukum (Islam) dan masyarakat, terdapat kajian tentang upaya peningkatan fungsi hukum Islam (fikih) dalam kehidupan masyarakat dengan menampilkan citranya yang memungkinkan ia menyambung dengan kondisi umum dunia masa kini, yang mashlahah dan hajahnya sudah berkembang demikian rupa terutama bidang mu'amalat. Karena hukum Islam (fikih tetap dan senantiasa merupakan unsur penting dalam kehidupan beragama dan bermasyarakat.[10]

Oleh karena terdapat perubahan dan perkembangan kehidupan masyrakat yang sangat kompleks, maka perlu pengembangan studi hukum Islam khususnya di perguruan tinggi umum seperti Fakultas Hukum di Indonesia. Apalagi semakin mantapnya wewenang yang dimiliki Peradilan Agama dalam bidang perkawinan, kewarisan, perwakafan, dan ekonomi syari'ah dapat dijadikan kajian tentang hukum positif Islam di Indonesia. Melihat yang demikian, maka terdapat perkembangan studi hukum Islam di Fakultas Hukum, seperti (1) hukum Kewarisan Islam, (2) hukum perorangan dan kekeluargaan Islam, (3) hukum peradilan agama, (4) hukum zakat dan wakaf, (5) hukum ekonomi syari'ah, (6) hukum asuransi syariah, (7) hukum pasar modal syari'ah, (8) hukum perbankan syari'ah, (9) hukum perjanjian Islam, dan sebagainya di samping mata kuliah hukum Islam itu sendiri yang merupakan kajian asas-asas hukum Islam sampai kajian metodologi pengembangan hukum Islam yang merupakan kajian fondasi sebelum ke tahap kajian yang disebutkan di atas.

---

[10] ***Ibid.,*** hal. 5.

Di samping studi hukum Islam, perlu juga studi pengembangan masyarakat Islam (*Islamic Community Development*) berkait langsung Undang-undang Peradilan Agama dengan melihat beberapa indikator, yaitu:[11] (1) bahwa dalam masyarakat itu terdapat hukum Islam yang menjadi bagian dari kesadarannya, (2) anggota masyarakat yang menjadi sasaran studi dan pengembangan adalah yang konsern dengan hukum itu, (3) tingkah laku dan interaksi sosial mereka diwarnai oleh tradisi keislaman sehingga budayanya memikiki nilai *religiusitas* yang tinggi, (4) di dalam masyarakat itu selalu terjadi proses transformasi intelektual atau reintroduksi hukum Islam baik informal melalui peradilan, dan (5) dalam masyarakat itu dijumpai adanya kesatuan tujuan untuk mewujudkan masyarakat yang diridhai Allah SWT.

Dari penjelasan di atas terlihat betapa pentingnya kajian hukum Islam, luas dan akrab dengan perubahan dan perkembangan masyarakat Islam. Jurusan ekonomi Islam terkait dengan berkembangnya hukum ekonomi melalui indikator ekonomi yang maju pesat. Maka dapat dikatakan bahwa pada tahun 2020 akan bertemu masyarakat ekonomi maju di mana di dalamnya terdapat masyarakat Islam dengan sumber daya manusia yang telah memahami permasalahan dan lingkup aplikasi ekonomi Islam, dan sejalan denga studi pengembangan masyarakat yang berorientasi pada lingkup masyarakat Islam. Suatu hal yang patut dicatat bahwa studi hukum Islam yang bersifat *"fiqhiyah"* telah terusik segi-segi sakralitasnya. Kedinamisan Hukum Islam makin dijadikan patokan bagi pengembangan hukum Islam dan seharusnya pula hal itu memberi sinyal kepada hakim pengadilan dalam lingkungan

[11] Abdul Gani Abdullah, "Peradilan Agama Pasca Undang-undang No. 7 tahun 1989 dan Perkembangan Studi Hukum Islam di Indonesia," dalam ***Mimbar Hukum No. 17 Thn. V 1995,*** hal. 10.

Peradilan Agama lebih berani memasuki arena aktualisasi segi-segi normatif dari ajaran agama Islam.[12]

[12] ***Ibid.***, hal. 12.

IJTIHAD HAKIM PERADILAN AGAMA

Berdasarkan Pancasila dan UUD 1945 terdapat tiga sendi utama tujuan berbangsa dan bernegara, yaitu cita-cita membangun dan mewujudkan (1) keadilan sosial, kesejahteraan umum atau kemakmuran rakyat, dan (2) tatanan masyarakat dan pemerintahan yang demokratis dan mandiri, dan (3) masyarakat dan pemerintahan berdasarkan hukum. Apabila ketiga tujuan tersebut dikaitkan dengan citra hukum yang diharapkan sebagai perwujudan cita hukum (*rechtsidee*), maka hukum merupakan instrumen untuk memujudkan ketiga sendi utama tujuan berbangsa dan bernegara tersebut.

Kaitan dengan itu, maka terdapat dua dimensi utama pembangunan citra hukum yang sesuai dengan sendi, falsafah dan cita bernegara dan berbangsa, yaitu:[13](1) bangunan kaidah hukum yang berisi dan sekaligus menjadi instrumen keadilan sosial, demokrasi dan negara berdasarkan atas hukum, (2) bangunan penerapan dan penegakan hukum yang berkehendak dan memegang prinsip bahwa penerapan dan penegakan hukum

[13] Syamsuhadi Irsyad, "Menegakkan Citra Hukum," dalam ***Mimbar Hukum No. 39 Thn. IX 1998,*** hal. 39.

harus dalam upaya memberikan dan mewujudkan keadilan sosial, demokrasi dan negara berdasarkan atas hukum.

Dengan memperhatikan hal tersebut di atas, maka harus dilakukan usaha-usaha membangun citra hukum sesuai dengan cita hukum secara integral, baik yang berkaitan langsung maupun tidak langsung dengan hukum. Usaha-usaha tersebut meliputi:[14]

(1) di bidang materi hukum, cita hukum hanya dapat dibangun apabila materi hukum berisi aturan-aturan yang menjamin dan mendorong terwujudnya keadilan sosial, masyarakat yang demokratis dan mandiri serta masyarakat dan negara berdasarkan atas hukum,

(2) bidang penerapan dan penegakan hukum. Citra hukum hanya dapat dibangun apabila dapat dihilangkan unsur mengemukanya kekuasaan penyelenggara dan diganti dengan kekuasaan hukum,

(3) harus ada dorongan untuk menumbuhkan masyarakat yang lebih egaliter baik dalam bidang sosial, budaya, ekonomi, maupun politik, sehingga tercipta masyarakat yang benar-benar duduk sama rendah dan berdiri sama tinggi,

(4)`membangun dan menempatkan profesi hukum sebagai kesatuan yang benar-benar independen dari kekuasaan pemerintah maupun politik yang ada,

(5) membangun aparat penerap hukum yang bersih dari korupsi dan kolusi dalam melaksanakan tugas-tugasnya,

(6) meninjau kembali segala susunan aparatur penerapan dan penegakan hukum dengan cara lebih memfungsikan berbagai instansi penerapan dan penegakan hukum yang sesuai dengan tata penyelenggaraan pemerintahan yang normal, dan

[14] ***Ibid.,*** hal. 39.

(7) pembaharuan secara menyeluruh sistem pendidikan hukum baik yang terstruktur dalam lembaga pendidikan hukum maupun di luar pendidikan hukum, sebagai tempat menyiapkan sumber daya manusia yang akan mendukung citra hukum.

Tindakan dan putusan dalam penerapan dan penegakan hukum merupakan instrumen kontrol untuk mengetahui ketepatan dan kekurangan suatu kaidah hukum untuk menjadi masukan bagi penyempurnaannya. Dengan demikian akan terjadi hubungan dinamis dan fungsional yang terus menerus antara kaidah hukum dengan tindakan dan putusan dalam penerapan dan penegakan hukum. Hubungan tersebut hanya akan terjadi apabila terdapat persamaan arah antara pembentuk hukum dengan penerapan dan penegakan hukum, dan dari ini maka pentingnya penerapan hukum Islam yang tidak dapat lepas dari ijtihad hakim Peradilan Agama dalam membangun citra dan cita hukum (*maqashid al-syari'ah*) yang diinginkan, yaitu keadilan.

Dengan demikian kedudukan hakim dalam penegakan hukum merupakan suatu nikmat yang agung, karena dengan itu keadilan Allah dapat ditegakkan di muka bumi. Begitu tingginya kedudukan hakim, tentu ada hubungannya dengan kemampuan untuk menegakkan keadilan. Apa yang dijanjikan oleh Allah SWT. Dalam sebuah ayat al-Qur'an (Qs. 5:42) yang maksudnya: *"Dan apabila engkau memutuskan suatu perkara, putuskanlah antara mereka secara adil. Bahwa sesungguhnya Allah mencintai orang-orang yang berbuat adil"*. Hal ni dapat dipenuhi apabila terpenuhinya persyaratan untuk menduduki jabatan hakim, baik yang menyangkut moral, maupun yang menyangkut kemampuan intelektual.[15]

---

[15] Satria Efendi M. Zein, "Ijtihad dan Hakim Peradilan Agama,", dalam ***Mimbar Hukum No. 10 Thn. 10 1993***, hal. 39.

Suatu hal yang mendasar dengan moral adalah kemampuan hakim untuk berbuat adil. Pengertian adil secara khusus dalam bidang ini diartikan sebagai kemampuan seorang hakim untuk menyelesaikan suatu perkara secara obyektif. Pengertian adil tersebut, oleh ahli hukum Islam dipandang sebagai manifestasi dari sikap adil dalam arti luas yang tertanam pada diri seseorang. Sikap adil seseorang dapat dikaitka dengan sikapnya sehari-hari, suatu potensi internal bagi seseorang yang mampu mengarahkannya kepada sikap hidup yang positif, mengantarkannya pada suatu akhlak yang mulia dalam kehidupan sehari-hari. Sikap adil juga dapat dilihat ketaatan seseorang dalam menjalankan agamanya. Seorang yang dalam sehari-seharinya taat menjalankan agamanya, sudah dapat dianggap adil, karena dengan itu diduga akan lebih kecil kemungkinan berlaku curang dalam mengadili. Adanya persyaratan sikap adil bagi seseorang hakim mudah dipahami, karena dengan itu keadilan dapat ditegakkan. Seorang hakim mampu memberikan ketauladanan yang positif bagi umat. Di samping itu, tugas hakim bukan hanya semata-mata menyelesaikan suatu sengketa, tetapi juga berusaha setidaknya mengurangi terjadinya sengketa.

Adapun persyaratan adanya kemampuan intelektual, berarti bahwa seorang yang akan menjadi hakim perlu mempunyai kemampuan untuk *berijtihad*. Dengan demikian, kedua aspek tersebut, yakni aspek moral dan aspek intelektual saling melengkapi dalam melaksanakan tugas seorang hakim. Keduanya antara aspek moral dan aspek kemampuan intelektual merupakan suatu kesatuan yang tidak dapat dipisahkan, apabila keduanya tidak saling menyatu mengakibatkan kepincangan dalam memutus suatu perkara yang diajukan kepada hakim yang menangani perkara yang diajukan kepada hakim tersebut.

Di bawah ini akan dijelaskan ijtihad bagaimana yang dibutuhkan bagi seorang hakim (Peradilan Agama). Islam adalah agama terakhir bagi umat manusia. Allah Maha Bijaksana dan

Maha Mengetahui watak dan kebutuhan manusia ciptaan-Nya yang bersifat dinamis, realistis dan berkembang. Hal ini mengandung pengertian bahwa Islam yang dinyatakan sempurna di akhir hayat Rasulullah itu, benar-benar agama yang memiliki dinamika yang amat tinggi, yang mampu menampung segala persoalan yang ditimbulkan oleh perubahan dan perkembangan sosial. Dengan itu ajaran Islam dapat berlaku sepanjang masa, dalam berbagai kondisi dan lingkungan.

Sejalan dengan itu, seorang ulama besar pendiri mazhab, Imam Syafi'i R.A. pernah mengumandangkan prinsip tersebut dalam karyanya yang terkenal Ar-Risalah, bahwa tiap-tiap peristiwa yang terjadi pada diri seorang muslim pasti akan didapati hukumnya dalam wahyu Allah.[16] Persoalannya adalah, bahwa wahyu sebagai sumber hukum itu, baik yang termaktub dalam al-Qur'an maupun yang berupa Hadits yang beberapa waktu kemudian dikodifikasikan, yang menyangkut hukum kuantitatif sangat terbatas jumlahnya. Dari jumlah yang terbatas itu, khususnya yang menyangkut ibadah, walaupun pada umumnya yang disebutkan dalam al-Qur'an hanyalah pikok-pokoknya saja. Adapun dalam bidang mu'amalah, hanya sebagian kecil yang disebut secara tegas dan rinci. Kebanyakannya berupa prinsip-prinsip dasar secara singkat yang dalam pelaksanaannya memerlukan aturan tambahan, dan ada pula yang berbentuk teks-teks yang tergolong tidak tegas yang memerlukan penafsiran. Maka dengan ini, terlihat dengan jelas urgensinya ijtihad dalam hukum Islam.

Kata *ijtihad* berasal dari kata kerja dasar *"jahada"* yang berarti bersungguh-sungguh, mencurahkan segala kemampuan, atau menanggung beban. Ijtihad menurut arti bahasa adalah usaha optimal untuk mencapai suatu tujuan, atau menanggung beban

[16] ***Ibid.,*** hal. 41.

berat.[17] Adapun menurut arti istilah ialah sebagai usaha pemikiran secara maksimal dari ahlinya dalam menemukan suatuu kebenaran dari sumbernya dari berbagai bidang ilmu keislaman.

Secara khusus *ijtihad* dalam bidang *fikih* (hukum Islam) istilah ini diartikan sebagai usaha pikiran secara optimal dari ahlinya, baik dalam menyimpulkan hukum fikih dari al-qur'an dan Sunnah, maupun dalam penerapannya. Batasan di atas menegaskan adanya dua bentuk *ijtihad*, yaitu:

(1) ijtihad dalam menyimpulkan hukum dari sumbernya *(ijtihad istinbati)*,

(2) ijtihad dalam penerapan hukum *(ijtihad tatbiqi)*.

Dengan ijtihad istinbaati, seorang mujtahid mampu menarik rumusan fikih, baik dari ayat al-Qur'an dan Hadits yang pada kenyataannya memerlukan daya pikir untuk memahaminya, maupun dari prinsip-prinsip atau tujuan umum syari'at Islam. Kemudian, rumusan fikih (hukum Islam) yang dihasilkan ijtihad itu, pada gilirannya hendak diterapkan kepada suatu masalah yang kongkrit. Usaha penerapan hukum ini, perlu pula kepada satu bentuk ijtihad, yaitu *ijtihad tatbiqi*.

Ijtihad bentuk yang kedua ini, adalah dalam bentuk penelitian secara cermat terhadap suatu masalah di mana hukum hendak diterapkan. Ijtihad bentuk ini diperlukan, untuk menghindari kekeliruan dalam penerapan hukum. Dalam *ijtihad istinbati*, kandungan ayat atau Hadits perlu dipahami secara teliti, baik mengenai bentuk hukum maupun tujuan (*maqashid al-syari'ah*) nya. Setelah itu melalui *ijtihat tatbiqi*, perlu pula secara teliti mengetahui permasalahan di mana hukum hendak diterapkan. Karena amat banyak masalah yang muncul pada

[17] ***Ibid.,*** hal. 42.

permukaannya kelihatannya mirip dengan masalah-masalah yang dimaksudkan dalam al-Qur'an dan Sunnah, atau rumusan fikih mazhab. Namun, apabila diteliti secara seksama bisa jadi tidak sama disebabkan inti permasalahannya berbeda, sehingga hukumnya harus berbeda pula, sehingga di sini pentingnya *ijtihad tatbiqi*.

Mengenai kedudukan hakim di Indonesia diatur dalam kekuasaan kehakiman. Adapun kekuasaan kehakiman menurut Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 merupakan kekuasaan yang merdeka yang dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan di bawahnya dan oleh sebuah ahkamah Konstitusi, untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Dalam Undang-undang Republik Indonesia No. 4 tahun 2004 Tentang Kekuasaan Kehakiman, Pasal 16 ayat (1) dinyatakan: "Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya".

Hakim adalah pejabat negara yang berfungsi sebagai berikut, yaitu:[18]

1. Mengadili atau memberikan keadilan dengan melakukan kegiatan dan tindakan: (a) menelaah lebih dahulu tentang kebenaran peristiwa yang diajukan kepadanya, (b) mempertimbangkan dengan memberikan penilaian atas peristiwa itu serta menghubungkannya dengan peristiwa yang berlaku, dan (c) memberikan suatu kesimpulan dengan menyatakan suatu hukum terhadap peristiwa itu. Dalam

---

[18] Taufiq, ***Ijtihad Hakim Agama***, Makalah Disampaikan Pada Seminar Nasional Hukum Islam dan Perubahan Sosial, di Semarang, Oktober 1990, hal. 2.

melakukan peradilan, pengadilan harus mengadili berdasarkan hukum yang berlaku meliputi hukum yang tertulis dan hukum yang tidak tertulis. Hakim tidak boleh menolak untuk mengadili suatu perkara dengan alasan bahwa hukumnya tidak jelas. Di samping itu, hakim dalam mengadili tidak boleh membeda-bedakan orang dan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.

2. Menegakkan hukum, yaitu melaksanakan hukum yang berlaku dengan dukungan rasa keadilan yang ada pada dirinya.
3. Membentuk hukum, sebab peraturang perundang-undangan itu bersifat umum serta tidak dapat mencakup semua peristiwa dan keadaan yang sedang atau akan terjadi dalam masyarakat. Maka pembentukan hukum tidak hanya digantungkan kepada pembuat peraturan perundang-undangan, tetapi juga hukum itu dapat dikembangkan melalui putusan hakim di pengadilan.

Menurut Ilmu hukum, ada tiga pandangan mengenai fungsi hakim, pandangan tersebut, yaitu:[19]

1. Pandangan dari aliran *legisme*, yaitu pandangan yang menyatakan bahwa fungsi hakim hanya melakukan pelaksanaan undang-undang saja dengan cara *"juridische sylogisma"* yaitu suatu deduksi logis dari suatu perumusan yang luas (*proposisi mayor*) kepada suatu keadaan khusus (*proposisi minor*), sehingga pada kesimpulan;
2. Pandangan dari *"freie rechts beweging"*, yang menyatakan bahwa hakim berfungsi menciptakan hukum, maka ia dalam melaksanakan fungsinya tersebut tidak harus terikat

[19] ***Ibid.,*** hal. 3.

oleh undang-undang;

3. Pandangan dari *"rechts vinding"*, yang menyatakan bahwa fungsi hakim yaitu melakukan *"rechts vinding*", yaitu menyelaraskan undang-undang pada tuntutan zaman.

Dalam menerapkan peraturan perundang-undangan, terlebih dahulu hakim harus menafsirkan peraturan perundang-undangan. Menurut ilmu hukum ada tiga aliran dalam menafsirkan peraturan perundang-undangan, yaitu:[20]

1. Aliran *tekstual*, yaitu cara menafsirkan peraturan perundang-undanggan, pertama-tama dengan mengerahkan usaha untuk mengetahui kehendak hakiki dari pembuat undang-undang itu. Untuk itu dapat digunakan teknik tafsir *gramatika, sistemetis, historis* dan *utility*. Kemudian apabila tidak terdapat ketentuan yang mengatur kasus yang dihadapi hakim, maka ia memperkirakan sikap pembuat peraturan perundang-undangan apabila dihadapkan masalah tersebut;
2. Aliran *kontekstual* atau *historis*, yaitu cara menafsirkan peraturan perundang-undangan sesuai dengan perkembang-an sosial, politik dan ekonomi ketika penafsiran dilakukan dan bukan dengan jalan memperkirakan kehendak pembuatnya, tetapi dengan berpegang pada kehendak yang mungkin pada pembuatnya; dan
3. Aliran ilmiah, yaitu cara menafsirkan dengan: (a) berpegang pada *teks*, (b) apabila yang pertama tidak dapat dilaksanakan, maka berpegang pada sumber hukum lainnya yang sah, dan (c) apa bila yang kedua tidak dapat dilaksanakan, maka berpegang pada inti dari peraturan perundang-undangan serta sumbernya dan faktor-faktor yang mempengaruhi sehingga lahir norma hukum.

[20] ***Ibid.,*** hal. 6.

Dari aliran dalam menafsirkan peraturan perundang-undangan di atas, hakikatnya adalah upaya untuk melakukan *ijtihad* dalam penerapan keadilan, dengan demikian hakim pada Pengadilan Agama dalam melakukan fungsinya, yaitu berupaya melakukan *"social engeneering"* sekaligus mempertahankan *"social order"*.

Upaya ijtihad dalam penerapan hukum dalam suatu kasus (*ijtihad tatbiqi*) tidak pernah terputus sepanjang masa, selama umat Islam bertikad baik untuk menerapkan ajaran Islam ke dalam kehidupan. Untuk itu pada diri seorang hakim harus terdapat dua kemampuan, yaitu kemampuan untuk menguasai hukum yang berkaitan dengan *"ijtihad istinbati"* dan kemampuan untuk menerapkannya dalam suatu kasus yang ditangninya disebut *"ijtihad tatbiqi"*.

Di bawah ini akan dijelaskan ijtihad hakim Peradilan Agama yang berkaitan dengan *ijtihad istinbati* dan *ijtihad tatbiqi*, sebagai berikut:

1. *Ijtihad istinbati*. Penguasaan hukum bagi seorang hakim merupakan syarat mutlak yang harus dapat dibuktikan. Penguasaan hukum meliputi penguasaan terhadap hukum Islam yang secara ekplisit tercantum dalam al-Qur'an dan Sunnah dan kemmampuan berijtihad dalam menyimpulkan hukum dari kedua sumber tersebut. Ijtihad hakim memuat hasil ijtihad dalam bentuk putusan pengadilan (yurisprudensi). Berbeda dengan hasil ijtihad para mujtahid teoritis (yang bukan hakim) akan menemukan beberapa perbedaan, di antaranya di mana hasil ijtihad para hakim yang mujtahid itu terbebas dari fikih pengandaian yang tidak praktis, seperti yang banyak terdapat pada hasil ijtihad para *mujtahid teoritis*. Perbedaan itu disebabkan, selain kecenderungan seorang hakim untuk berpikir secara praktis, juga setiap hasil ijtihad mereka memang didasarkan atas

kasus-kasus yang pernah diangkat dipengadilan. Sedangkan di pihak lain, para *mujtahid teoritis* lebih cenderung kepada pengembangan ilmu fikih secara ideal, baik yang sudah pernah terjadi, maupun yang diduga akan terjadi. Dengan demikian, *fikih iftiradli* (pengandaian) berkembang pesat dalam produk para *mujtahid teoritis*. Hakim agama telah dibekali dengan buku pedoman khusus seperti Kompilasi Hukum Islam KHI).

Kaitan dengan ini, maka hakim dapat berijtihad berupa kemampuan untuk menafsirkan dan mengembangkan hukkum yang sudah tersedia. Dengan kemampuan ijtihad seperti ini diharapkan seorang hakim tidak akan "kehilangan akal" dalam menghadapi berbagai perkara, yang bisa jadi pada suatu kasus secara ekplisit hukumnya tidak tersebut dalam Kompilasi Hukum Islam. Usaha pengembangn hukum dalam undang-undang biasa disebut dengan: *Takhrijul ahkam 'ala nashshil qanun*, yakni pengembangn berdasarkan teks undang-undang. Metode yang digunakan antara lain dengan analogi (*qiyas*) dalam arti, bilamana inti permasalahannya sama, maka hukumnya dapat disamakan pula. Pada analogi bentuk ini, yang akan dijadikan *maqis 'alaih* (asal tempat mengqiyaskan) bukan hanya teks al-Qur'an dan as-Sunnah, tetapi teks hukum yang terdapat dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang pada hakikatnya juga disimpulkan dari al-qur'an dan as-Sunnah. Untuk mencapai kemampuan ini, perlu penguasaan terhadap metodologi hukum Islam, seperti *ushul fikih* dan *qawa'id fiqhiyah*. Dengan penguasaan bidang ini, hakim akan menemukan berbagai metode lain untuk penafsiran dan pengembangan prinsip hukum.[21]

---

[21] Satria Effendi M. Zein, "Ijtihad dan hakim Peradilan Agama," ***op. cit.,*** hal. 48.

Selain Kompilasi Hukum Islam (KHI) para Hakim Pengadilan Agama dapat dibantu dengan literatur-literatur kitab fikih yang ada. Dengan merujuk kepada kitab-kitab fikih klasik, setidaknya para hakim akan mendapatkan gambaran jalan pikiran bagaimana menafsirkan dan mengembangkan suatu prinsip hukum, disamping tidak tertutup kemungkinan akan ditemukan rumusan hukum yang cocok dengan suatu perkara yang belum tercantum dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI).

2. *Ijtihad tatbiqi*. Ijtihad dalam bentuk ini berupa ijtihad penerapan hukum. Setelah mujtahid betul-betul mengetahui bentuk hukum *syar'i*, selanjutnya harus mampu menerapkannya secara benar pada suatu kasus yang dihadapi. Di sini yang diperlukan adalah, kemampuan seorang dalam melihat suatu kasus, bentuk hukum yang bagaimana yang cocok untuk diterapkan. Ijtihad dalam bentuk ini adalah menyangkut dengan pengamalan syari'at Islam ke dalam kehidupan kongkrit. Ijtihad dalam bentuk ini tetap relevan sepanjang waktu, selama umat Islam hendak mengamalkan agamanya. Hakim sebagai penerap hukum tidak cukup denga penguasaan hukum saja, tetapi juga mempunyai kemampuan untuk menerapkannya secara benar. Dengan demikian seorang hakim disamping menguasai hukum juga berkemampuan dan ketajaman pandangannya dalam melihat suatu kasus dan latar belakangnya, serta mempunyai kemampuan dalam membedakan mana pernyataan yang benar dan yang bohong, yang hak dan yang batil.

   Obyek kajian ijtihad bentuk ini bukan lagi al-Qur'an dan Sunnah, tetapi kasus-kasus yang dihadapi dan manusia dengan segala hal ihwalnya. Cara kerja ijtihad tatbiqi bagi

seorang hakim merupakan suatu seni tersendiri. Semakin banyak mengadili perkara, semakin tinggi daya ijtihad tatbiqinya. Oleh sebab itu, qadhi Ghawts bin Sulaiman seorang hakim terkenal di penghujung abad ke dua di Mesir itu, sebelum ia diangkat menjadi hakim, sekian lama ia lebih dahulu berpengalaman di sebuah pengadilan. Setelah ia menjadi hakim, ia terkenal sebagai hakim yang tajam pandangannya dalam melihat permasalahan.[22] Pada suatu hari ke pengadilan yang dipimpinnya datang beberapa orang melaporkan, bahwa beberapa orang bersaudara hampir saja bertumpahan darah disebabkan di pihak wanita tidak setuju jika harta warisan orang tuanya dibagi dua berbanding satu antara anak laki-laki dan perempuan. Hakim Ghawts lalu memanggil ahli waris yang laki-laki agar mau berdamai dan merelakan harta warisan untuk dibagi sama banyak antara laki-laki dan perempuan. Akhirnya pihak laki-laki menyetujui. Namun putusan yang diambil qadhi Ghawts ini diprotes oleh sebagian ulama pada waktu itu, karena membuat suatu kesepakatan untuk menyalahi ketentuan al-Qur'an.

Dari kasus di atas, hakim Ghawts mengemukakan dua alasan, yaitu:[23] *Pertama*, dalam menerapkan suatu hukum harus melihat kepada dampak yang ditimbulkannya. Khusus pada kasus tersebut, bila mana kita tetap bertahan menetapkan ketentuan dua berbanding satu akan menimbulkan dampak negatif yang berbahaya, yaitu pertumpahan darah yang bertentangan dengan tujuan syari'at untuk mewujudkan ketenteraman. Keputusan seperti ini sudah pasti tidak dapat diperlakukan secara umum, tetapi khusus kepada kasus-kasus tertentu di nama

---

[22] ***Ibid.,*** hal. 50.
[23] Ibid., hal. 50 – 51.

mafsadat yang diakibatkan penerapan hukum itu akan lebih besar dibandingkan dengan *maslahat* dari penerapan hukum itu sendiri. Di sini terlihat hakim Ghawts secara jeli memakai metode *"an-nadzoru ilal-ma'alat",* yaitu suatu metode yang memberi petunjuk bahwa seorang hakim dalammenerapkan hukum hendaklah melihat kepada dampak negatif dari suatu penerapan hukum. Bilamana dampak negatifnya akan lebih besar dibanding dengan maslahatnya, maka hakim perlu secara bijaksana mencari alternatif lain untuk memecahkannya, yang tetap berpegang kepada al-qur'an dan as-Sunnah.

Kedua, bahwa kasus tersebut ia tidak merasa telah menyalahi ketentuan al-Qur'an, karena jalan damai yang diambilnya itu adalah petunjuk al- Qur'an. Jadi apa yang dilakukannya itu tidak lebih dari perpindahan dari satu ketentuan kepada ketentuan lain yang masih dalam petunjuk al-Qur'an, disebabkan adanya pertimbangan khusus dalam kasus tersebut. Dari alasan- alasan yang yang dikemukakan hakim Ghawst itu dapat dipahami, bahwa apa yang dilakukannya itu tidak dapat diperlakukan secara umum. Ia hanya berlaku pada kasus tertentu yang menghendaki kebijaksanaan tertentu pula. Dalam hal ini, sebagai seorang hakim, qadhi Ghawst telah mengfungsikan ijtihad tatbiqi secara bijaksana.[24]

---

[24] ***Ibid.,*** hal. 51.

PENGEMBANGAN HUKUM MATERIIL DAN YURISPRUDENSI PENGADILAN AGAMA

Selama ini berbagai upaya telah dilakukan untuk memperkokoh kedudukan peradilan yang mengadili perkara khusus umat Islam. Untuk memantapkan kedudukan dan peranannya sebagai salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman di Indonesia, untuk itu tidak ada salahnya kalau memantapkan ke depan, melihat kemungkinan pengembangan hukum materiilnya.

Peradilan Agama seperti disebutkan di atas, adalah salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman dalam negara Republik Indonesia dan karena itu pulah pengembangan hukum materiilnya seyogyanya dilakukan dalam bingkai dan mengacu pada kerangka acuan pembangunan hukum nasional. Bertitik dari pandangan demikian, uraian berikut adalah penelusuran peluang yang ada di dalamnya untuk mengembangkan hukum materiil Peradilan Agama yang akan dipergunakan dalam proses pemberian keadilan berdasarkan hukum Islam (*syari'ah*) kepada orang-orang Islam di Pengadilan Agama dan Pengadilan Tinggi Agama di bawah pembinaan dan pengawasan teknis Mahkamah Agung.

Secara umum, dalam pembentukan dan pengembangan hukum materiil itu perlu diindahkan ketentuan yang memenuhi nilai-nilai sebagai berikut, yaitu:

(1) nilai filosofis, yang berintikan rasa keadilan dan kebenaran,

(2) nilai sosiologis, yang sesuai dengan tata nilai yang berlaku dalam masyarakat baik yang menyangkut budaya dan agama,

(3) nilai yuridis, yang sesuai dengan ketentuan perundang-undangan yang berlaku.

Untuk itu perlu dilakukan penataan (yang relevan) antara lain dengan penyusunan program dan atau proyek pengembangan Peradilan Agama (termasuk pengembangan hukum materiil-nya) secara terarah dan terpadu, meningkatkan kualitas pembentukan hukum melalui yurisprudensi Peradilan Agama, meningkatan pembinaan, pengukuhan kedudukan dan peranan yurisprudensi sebagai sumber hukum, serta memperluas penyebaran yurisprudensi Peradilan Agama tidak hanya terbatas pada badan peradilan Agama saja, tetapi juga kepada kalangan penegak hukum di Peradilan Agama, perguruan tinggi dan masyarakat luas.

Hukum materiil yang hendak dikembangkan di Pengadilan Agama adalah hukum perdata Islam mengenai (a) perkawinan, (b) kewarisan, wasiat, hibah, (c) wakaf dan shadaqah, sesuai kewenangan yang diberikan oleh Undang-undang No. 7 tahun 1989 kepada Pengadilan Agama untuk memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara-perkara di bidang tersebut. Hukum ini telah dihimpun dalam Kompilasi Hukum Islam di Indonesia dan telah pula disebar luaskan sesuai dengan Instruksi Presiden No. 1 tahun 1991 melalui Keputusan Menteri Agama Replublik Indonesia No. 154 tahun 1991, tanggal 22 Juli 1991. Kewenangan Pengadilan Agama tersebut di atas dikembangkan

oleh Undang-undang No. 3 tahun 2006 Tentang Perubahan atas Undang-undang No. 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama, yaitu: Tentang Hukum Ekonomi Syari'ah, yang terdapat dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syari'ah yang dikelurkan oleh Mahkamah Agung.

Kompilasi Hukum Islam (KHI), sesuai dengan konsiderans Instruksi Presiden dimaksud bersifat terbuka untuk dikembangkan, sesuai dengan perkembangan zaman dan pemenuhan kebutuhan hukum umat Islam Indonesia.[25] Pengembangan hukum materiil Peradilan Agama termasuk dalam kategori dimensi pembaharuan, yaitu usaha untuk melengkapi dan menyempurnakan hukum materiil Peradilan Agama yang kini dihimpun secara sistematis dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI dan Kompilasi Hukum Ekonomi Syari'ah yang dikeluarkan oleh Mahkamah Agung. Ini berarti bahwa dalam pengembangan hukum materiil Peradilan Agama, kita melengkapi apa yang belum ada dalam kompilasi itu dan menyempurnakan apa yang sudah ada di dalamnya.

Dilihat dari perangkat hukum nasional, disiplin hukum yang dikembangkan di lingkungan Peradilan Agama seperti telah disebutkan di atas, adalah hukum kekeluargaan, hukum kewarisan, hukum kesejahteraan sosial (termasuk hukum perwakafan di dalamnya), serta hukum ekonomi Islam (syari'ah). Disamping itu, perlu ditingkatkan kualitas pembentukan hukum melalui yurisprudensi Peradilan Agama. Peningkatan kualitas yurisprudensi peradilan Agama ini sangat tergantung pada kualitas dan wawasan hakim peradilan agama sebagai penegak hukum dan keadilan dalam menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai yang hidup dalam masyarakt muslim.[26] Yurisprudensi

---

[25] Mohammad Daud Ali, "Pengembangan Hukum Materiil Peradilan Agama," dalam ***Mimbar Hukum No. 17 Thn. V 1994,*** hal. 7.
[26] ***Ibid.,*** hal. 7.

adalah keputusan-keputusan hakim, adalakanya berupa yurisprudensi tetap dan yurisprudensi tidak tetap. Yurisprudensi tetap terjadi karena rentetan keputusan atau beberapa keputusan yang sama, yang disebut *"standaardarresten"*, yaitu keputusan yang dijadikan dasar bagi peradilan untuk memutus perkara yang sama. Dalam suatu *standaardarresten* hakim dengan jelas memberi penjelasan tentang suatu hal yang menimbulkan keraguan di kalangan ahli, karena itu *standaardarresten* menjadi pegangan yang teguh para ahli dan pengadilan, bahkan kadang kala lebih teguh dari peraturan perundang-undangan, apalagi kalau isi dan tujuan peraturan perundang-undangan itu tidak lagi sesuai dengan keadaan, dan karena itu pula tidak lagi memenuhi kebutuhan hukum masyarakat.

Untuk itu hakim tidak boleh menolak memeriksa dan mengadili suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak atau kurang jelas, melainkan wajib memeriksa dan mengadilinya. Ini berarti bahwa hakim sebagai organ kelengkapan pengadilan dianggap mengetahui dan memahami hukum. Kalau ia tidak menemukan hukum tertulis atau hukum tertulis itu kurang atau tidak jelas ia wajib menggali hukum tidak tertulis untuk memutus perkara yang diajukan kepadanya berdasarkan hukum tidak tertulis itu atau memberi tafsiran terhadap hukum tertulis yang tidak jelas tersebut sebagai orang yang bijaksana, bertanggung jawab penuh mengenai keputusannya kepada Tuhan Yang Maha Esa, diri sendiri, masyarakat, bangsa dan negara.

Peraturan perundang-undangan biasanya hanya menentukan aturan yang bersifat umum saja, sedang pertimbangan tentang hal-hal kongkrit diserahkan kepada hakim. Ini berarti bahwa dalam hukum atau peraturan perundang-undangan ada ruang kosong yang dapat diisi oleh hakim, cara mengisinya dapat dilakukan dengan *konstruksi*, yakni pembuatan pengertian hukum baru yang sesuai dengan hukum yang bersangkutan. Oleh karena

itu dalam sistem satu hukum tidak ada pertentangan karena semuanya merupakan suatu kesatuan yang logis, maka kalau hakim mengisi ruang kosong dalam hukum atau peraturan perundang-undangan, mengisi kekosongan itu tidak boleh bertentangan dengan pokok sistem hukum itu sendiri. Melakukan *konstruksi*, adalah mempergunakan akal secara logis dan sistematis dan konstruksi itu dilakukan oleh hakim kalau ia harus menjalankan hukum atau peraturan perundang-undangan.

Dengan demikian, kedudukan dan peran yang dilakukan oleh hukum Islam dalam pembangunan hukum nasional dan pengembangan hukum Islam sendiri, bahwa pengembangan hukum Islam dapat juga dipakai sebagai sumber bahan baku pembangunan hukum di Indonesia, selain ijtihad bersama melalui perundang-undangan, juga dapat pula dilakukan melalui yurisprudensi. Apalagi melihat keadaan obyektif masyarakat muslim Indonesia dan pengalaman pengembangan hukum Islam melalui "ijtihad bersama" di lembaga perwakilan rakyat tidak mudah, maka jalan yang paling baik untuk ditempuh dalam pengembangan hukum Islam adalah jalur yurisprudensi peradilan Agama. Pengalaman menggali asas-asas dan kaidah hukum Islam untuk dijadikan bahan baku penyusunan dan pengembangan hukum nasional melalui yurisprudensi terbukti berhasil dengan baik waktu pembuatan Kompilasi Hukum Islam dahulu yang kini berlaku secara nasional dan karena itu merupakan bagian dari hukum nasional Indonesia.

Pengembangan hukum Islam melalui yurisprudensi adalah perlu dan baik, karena yurisprudensi itu selain dari menggambarkan keadilan yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat, juga selaras dengan kesadaran hukum masyarakat muslim Indonesia, asal saja para hakim Peradilan Agama yang membuat yurisprudensi itu, selain dari paham benar tentang hukum Islam juga memperhatikan sungguh-sungguh nilai-nilai

hukum pada umumnya yang terdapat dalam masyarakat.

Sebagai akibat perubahan kehidupan, maka terjadi perubahan yang cukup besar dalam bidang sosial, poltik, ekonomi dan budaya. Perubahan tersebut juga terjadi dalam lingkungan kehidupan keluarga. Kaum perempuan sekarang ini telah mendapat kesempatan untuk memasuki semua jenis, jalur dan jenjang pendidikan, sebagaimana kaum lelaki. Demikian halnya juga mereka memasuki semua lapangan pekerjaan. Mereka rata-rata tidak melangsungkan perkawinan sebelum mereka menyelesaikan studi mereka dan mendapatkan pekerjaan. Maka umur kawin rata-rata bagi laki-laki 30 tahun dan bagi perempuan 25 tahun.

Berkat kemajuan teknologi banyak pekerjaan yang dahulu hanya dapat dikerjakan oleh istri, sekarang ini dilakukan oleh suami. Di samping itu fungsi keluarga yang dahulu pernah dimilikinya seperti fungsi ekonomi banyak telah hilang. Dominasi suami dalam keluarga berangsur-angsur tergeser. Mobilitas keluarga meningkat dengan cepat. Akibatnya keluarga modern rata-rata hanya menghendaki keluarga kecil. Perubahan-perubahan internal keluarga tersebut, di samping adanya globalisasi mengakibatkan adanya perubahan hukum keluarga. Dalam masyarakat modern struktur keluarga lebih condong ke arah keluarga inti. Kedudukan perempuan sederajat dengan kedudukan laki-laki.[27]

Hampir di semua masyarakat Islam moder telah terjadi pembaharuan hukum keluarga, seiring dengan perubahan sosial yang berdampak pada kuluarga. Batas minimal umur seorang untuk dapat melangsungkan perkawinan di batasi, demikian pula seorang suami dapat melangsungkan poligami apabila dapat ijin

[27] Taufiq, "Lima tahun Undang-undang Peradilan Agama: Beberapa Pemikiran tentang Pengembangan Hukum Materiil dan Tenaga Teknis Peradilan Agama," dalam ***Mimbar Hukum No. 17 thn. V/1994***, hal. 2.

pengadilan dan denga syarat-syarat tertentu, bahkan di Tunisia poligami dilarang. Orang yang melakukan perkawinan poligami diancam dengan pidana penjara maksimal 2 tahun. Di Siria seorang suami yang mentalak istrinya tanpa dasar yang dibenarkan oleh syari'at dapat dihukum oleh pengadilan untuk menjamin mantan istrinya dengan nafkah selama 1 tahun. Di Pakistan seorang suami yang mentalak istrinya harus mendaftarkannya kepada pejabat yang ditunjuk dalam jangka waktu 90 hari dan apabila tidak didaftarkannya, maka talak tersebut tidak mempunyai akibat hukum. Sedang di sebagian besar di dunia Islam talak hanya dapat dilaksanakan disidang pengadilan.[28]

Hukum kewarisan di sebagian negara Islam memberikan bagian tertentu kepada keturunan anak perempuan dan ahli waris pengganti melalui hibah wasiat. Sementara ini hukum kewarisan negara-negara Islam lainnya memeberikan kedudukan yang sama kepada ahli waris keturunan anak perempuan dengan keturunan anak laki-laki. Anak perempuan dapat *menghijab* saudara laki-laki dan perempuan sebagaimana anak laki-laki. Pembaharuan hukum tersebut dilakukan melalui pembentukan undang-undang tentang hukum keluarga, dengan cara memilih pendapat mazhab dan melakukan ijtihad baru.

Hukum perkawinan Islam yang termuat dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) secara garis besar merupakan hasil pembaharuan hukum perkawinan Islam tidak tertulis berasal dari fikih Islam dengan mengdaptasikannya dengan konteks masyarakat Islam Indonesia modern. Demikian pula hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) hanya merupakan hukum kewarisan Islam tidak tertulis secara garis besar. Dari segi bentuk ia perlu dikembangkan ke arah hukum tertulis. Dari segi isi perlu dikembangkan antara lain mengenai

---

[28] ***Ibid.,*** hal. 3.

kedudukan keturunan anak perempuan, *hajib mahjub*, pengaturan tentang derajat keturunan yang dapat menjadi ahli waris pengganti, pengaturan tentang anakangkat dan sebagainya.

Hukum hibah dan wasiat dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) hanya merupakanhukum hibah dan wasiat Islam tidak tertulis secara garis besar. Oleh karena itu dari segi bentuk, hukum hibah dan wasist tersebut perlu dikembangkan ke arah hukum tertulis, sedangkan dari segi isi perlu disesuaikan dengan perkembangan kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara Indonesia modern.

Hukum perwakafan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) sebagian merupakan hukum tertulis, yaitu mengenai perwakafan tanah milik dan sebagian lain merupakan hukum perwakafan Islam tidak tertulis. Oleh karena itu dari segi bentuk, hukum perwakafan tersebut perlu dikembangkan dan sekarang sudah diundangkan Undang-undang Perwakafan menjadi hukum tertulis. Sedangkan dari segi isi, perlu dikembangkan dan disesuaikan dengan perkembangan administrasi dan hukum harta kekayaan Indonesia modern.

Kompilasi Hukum Islam (KHI) tidak memuat hukum tertulis maupun tidak tertulis mengenai shadaqah. Oleh karena itu dari segi isi masih perlu penggalian dan pengembangan hukum shadaqah tidak tertulis dan kemudian perlu dikembangkan ke arah hukum tertulis. Ekonomi syari'ah menjadi wewenang absolud Peradilan Agama, sampai sekarang belum mempunyai hukum materiil tentang hukum ekonomi syari'ah, maka ke depan dari segi isi perlu penggalian dan diserasikan dengan kehidupan perekonomian masyarakat dan dari segi bentuk perlu dikembangkan ke arah hukum yang tertulis.

Dari butir-butir di muka telah dikaji pengembangan hukum terapan Peradilan Agama dari segi kebutuhan hukum. Lalu

bagaimana jika dikaji dari syari'ah, yang norma syari'ah itu bukan merupakan dokumen legislatif, tetapi merupakan *"deklarasi etika dasar Islami"*,[29] maka para hakim dan ahli hukum menciptakan aturan-aturan baru untuk menangani berbagai masalah hukum (kasus) yang muncul dari waktu ke waktu. Setiap hakim atau ulama menawarkan pendapat atau pemecahan perkara dengan mengikuti cara masing-masing. Hasil-hasil pemikiran ahli hukum Islam tersebut yang merupakan *resultante* antara wahyu dengan penalaran (*ra'yu*) yang disebut fikih, dengan karakteristik antara lain:[30]

1. Ia selalu disajikan sebagai suatu yang unik yang tidak bisa dibandingkan dengan kebudayaan-kebudayaan lain. Tetapi sebetulnya fikih itu sangat banyak dipengaruhi oleh hukum dan yurisprudensi Rowawi Bizantium.
2. Fikih mula-mula berkembang secara kasuistis, tanpa rencana dan sistem, karena itu fikih tidak mempunyai teori, mengenai hukum, politik atau ekonomi, selain yang dikembangkan oleh Imam Syafi'i.
3. Fikih kurang memberi kebebasan kepada para fukaha, karena situasi politik sepanjang sejarah Islam, dan
4. Ada kekurangan independensi ijtihad, disebabkan oleh faktor luar. Keadaan ini memaksa *fukaha* untuk tidak mencari pendapat beru, tetapi mencari *hilah*. Pembaharuan hanya terbatas pada pemilhan terhadap pendapat dalam berbagai mazhab.

Pembaharuan hukum yang dilakukan oleh al-Qur'an adalah pembaharuan mengenai kedudukan perempuan, baik dalam bidang keluarga, sosial dan politik. Kedudukan istri dalam

---

[29] ***Ibid.,*** hal. 4.
[30] ***Ibid.,*** hal. 5.

hukum adat pra Islam tidak jauh berbeda dengan kedudukan seorang budak wanita. Ia adalah milik suami, sebab dengan shadaq suami telah membelinya dari walinya. Oleh karena itu suami dapat menceraikannya kapan saja dan dimana saja, baik ada alasan maupun tidak. Bekas suami yang menalaknya dapat merujuknya tanpa batas, sementara itu istri tidak dapat meminta cerai, kalau suami tidak menyetujuinya.

Di samping itu, anak perempuan tidak berhak mewaris sama sekali. Kemudian al-Qur'an memperbaharuinya dengan dekrit bahwa mahar adalah hak istri bukan hak wali dan fungsinya bukan untuk membeli. Suami dapat mentalak istrinya dengan cara serta syarat-syarat tertentu dalam jumlah talak maksimal tiga kali. Rujuk dibatasi, sementara itu anak perempuan dapat menjadi ahli waris sebagai mana anak laki-laki. Pembaharuan di atas merupakan hal-hal yang prinsip saja, bagaimana kita dapat menangkap *ruh* dan semangat (*maqashid al-syari'ah*) yang diajarkan oleh al-Qur'an itu untuk diterapkan masa kini.

Para ulama bersikap hati-hati terhadap pembaharuan tersebut karena hukum adat pra Islam mengakar sangat kuat dalam masyarakat Islam. Akibatnya pembaharuan tersebut hanya dianggap norma akhlak bukan norma hukum.[31] Di samping itu timbul permasalahan dasar, yaitu bagaimana kedudukan hukum adat pra Islam yang tidak dirubah tersebut. Sebagian besar ulama berpendapat bahwa hukum adat tersebut tetap berlaku. Ulama sunni misalnya, berpendapat bahwa hukum kewarisan pra Islam tetap berlaku kecuali yang telah diperbaharui oleh al-Qur'an.

Ahli waris menurut mereka terdiri dari *ashabul furudl*, yaitu ahli waris yang bagiannya telah ditentukan dengan pasti oleh al-Qur'an, *ashabah* adalah laki-laki keturunan menurut garis laki-laki dan *zawul arham* adalah kerabat menurut garis perempuan. Ahli

[31] ***Ibid.,*** hal. 6.

waris kedua dan ketiga berasal dari konsep hukum adat Arab pra Islam. Sementara itu ulama Syafi'i berpendapat bahwa sistem kekerabatan masyarakat Arab pra Islam (suku) telah dihapus oleh al-Qur'an. Menurutnya ahli waris hanya dibagi menjadi dua, yaitu *dzawul furudl* dan *dzul qarabat*, yaitu laki-laki maupun perempuan yang mempunyai hubungan darah baik melalui garis laki-laki maupun perempuan.

Dengan demikian mereka membagi ahli waris menjadi tiga kelompok, yaitu:

(1) kelompok pertama, terdiri dari anak laki-laki mapun perempuan serta keturunan mereka, ibu dan bapak,

(2) kelompok kedua, terdiri dari saudara laki-laki maupun perempuan serta keturunan mereka dan nenek laki-laki maupun perempuan dari pihak ayah maupun ibu,

(3) kelompok ketiga, terdiri dari paman, bibi serta keturunan mereka. Sedang suami atau istri dapat masuk ketiga golongan tersebut.

Golongan ahli waris kelompok kedua tidak berhak mewaris, selama ahli waris kelompok pertama masih ada dan ahli waris kelompok ketiga tidak berhak mewaris selama ahli waris kelompok kesatu dan kedua masih ada. Di Indonesia ada tiga aliran dalam hukum Islam, yaitu: aliran tradisional, aliran pembaharu, dan aliran neo pembaharu. Aliran pertama dalam memecahkan masalah hukum hampir selalu merujuk kepada teks-teks kitab fikih. Aliran kedua dalam memecahkan masalah hukum merujuk kepada al-Qur'an dan Sunnah. Sedangkan aliran ketiga, memandang al-Qur'an dan Sunnah sebagai metoda bukan sebagai substansi. Dari uraian di atas dapat ditarik kesimpulan, bahwa dari segi ilmu hukum Islam, pengembangan hukum terapan Pengadilan Agama mungkin dilakukan, tetapi dari segi sosiologis pengembangan tersebut sangat sulit, karena

adanya aliran-aliran di kalangan umat Islam tersebut.[32]

Secara konstitusional Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang menghimpun,[33] hukum terapan Pengadilan Agama setelah dikaji ulang dapat dikembangkan menjadi kodifikasi atau setidak-tidaknya bagian-bagiannya yang berbentuk hukum tidak tertulis dikembangkan menjadi hukum tertulis dalam bentuk per-undang-undangan, yaitu dengan membuat formulasi Rancangan Undang-undang Keluarga Islam, Rancangan Undang-undang Kewarisan Islam, Hibah dan Wasiat, Rancangan undang-undang Hukum Ekonomi Syari'ah.

Bahan pokok Rancangan Undang-undang tersebut ialah materi Kompilasi Hukum Islam (KHI) dan yurisprudensi Peradilan Agama selama menerapkan Kompilasi Hukum Islam (KHI). Berdasarkan pengalaman kehidupan bernegara selama ini dan kondisi masyarakat Islam sebagaimana diuraikan di atas, dari segi politis dan sosiologis, terwujudnya rencana kegiatan pengembangan hukum terapan Peradilan Agama tersebut cukup sulit karena perlu langkah-langkah persiapan antara lain, yaitu kegiatan kondisioning dan kegiatan penelitian.[34] Kegiatan kondisioning berupa peningkatan pemasyarakatan Undang-undang No. 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama, Jo. Undang-undang No. 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Terhadap Undang-undang No. 7 tahun 1989 Tentang Peradilan Agama dan Kompilasi Hukum Islam (KHI), serta penerapan dan pengembangan materi kompilasi Hukum Islam (KHI) melalui keputusan Pengadilan Agama dan Mahkamah Agung.

Penelitian dilakukan dengan mengkaji ulang Kompilasi Hukum Islam (KHI) dari segi *law drafting* dan penerapannya dalam praktek. Dengan demikian bahwa hukum terapan

[32] ***Ibid.,*** hal. 6-7.

[34]. ***Ibid.,*** hal. 8.

Peradilan Agama yang dihimpun dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) secara konstitusional dan dari segi ilmu hukum Islam perlu dan mungkin dikembangkan menjadi Hukum Keluarga Islam.

HUKUM KASUS DAN HUKUM DALAM FUNGSI MENGATUR

Fungsi hakim adalah mendamaikan dan memutus perkara yang diajukan kepadanya. Adapun perkara yang diajukan kepadanya merupakan hukum kasus suatu kejadian atau disebut *"kasuistis"*. Mengapa dikatakan demikian, walaupun perkara sama, akan tetapi nuansa maupun yang melatarbelakangi kasus perkara itu dapat berbada-beda disebabkan adanya waktu kejadian dan tempat kejadian yang berbeda pula.

Fakta dan peristiwa yang melatarbelakangi sengketa atau perkara, yang harus dibuktikan di Pengadilan Agama adalah suatu yang telah terjadi, lalu hakim setelah memperhatikan segala keterkaitan hubungannya mencarikan hukum yang paling tepat untuk kasusu tersebut. Jadi hukum yang berlaku di pengadilan adalah hukum kasus, bukan hukum dalam fungsi mengatur. Hukum kasus dibedakan dengan hukum dalam fungsi mengatur, karena hukum dalam fungsi mengatur bersifat netral, lepas dari konteks fakta dan peristiwa. Hukum kasus diistilahkan dengan *"ahkam nafs al-waqi'* " atau *"ahkam da'wa al-waqi'* ", sedangkan

hukum dalam fungsi mengatur diistilahkan dengan *"ahkam hifz al-huquq"*.[35] Hukum kasus adalah hukum sengketa atau perkara, sedangkan hukum dalam fungsi mengatur adalah hukum di luar sengketa. Adapun cara menemukan hukum materiil atas kasus di pengadilan, yakni melalui hukum acara dan pembuktian, dinamakan *"turuq al-hukm"* , sedangkan cara menemukan hukum materiil di luar kasus perkara di pengadilan dinamakan *"turuqhifz al-huquq"*.

Dengan demikian hukum acara (perdata) disebut hukum proses, karena hukum yang akan diputus atau ditetapkan oleh hakim masih dalam proses pembuatan, masih dicari bentuk putusan hukumnya. Pencarian tersebut melalui fakta-fakta dan peristiwa-peristiwa, yang setelah terbukti pembuktiannya dengan alat-alat bukti yang sah, barulah ditemukan dalam bentuk putusan atau penetapan hakim, akan tetapi putusan atau penetapan itu sediri untuk kekuatan pastinya masih harus menunggu sampai ia mempunyai kekuatan hukum yang tetap (*inkracht*).

Hukum acara termasuk hukum pembuktian hanyalah mengabdii kepada dan untuk kepentingan hukum materiil. Artinya hukum bahwa hukum acara termasuk hukum pembuktian harus mengikuti perkembangan hukum materiil dan hanya dipergunakan bila tidak bertentangan dengan hukum materiil. Karena hukum acara termasuk hukum pembuktian hanyalah mengabdi kepada dan hanya untuk kepentingan hukum materiil, maka hukum kasus di segi materiil dan disegi acara termasuk pembuktian akan saling mempengaruhi.

Hukum dalam fungsi mengatur untuk memelihara hak-hak secara umum, seperti anjuran memakai saksi dalam mu'amalah

---

[35] Roihan A. Rasyid, " Hukum Kasus dan Hukum dalam Fungsi Mengatur (Terapannya di Pengadilan Agama," dalam ***Mimbar Hukum No. 19 Thn. VI 1995,*** hal. 15.

tidak tunai. Adapun mu'amalah tetap sah sekalipun tidak memakai saksi, akan tetapi jika terjadi kasus perkara, maka mu'amalah yang tidak memakai saksi dan diingkari oleh pihak lawan, akan dianggap tidak ada. Hukum dalam fungsi mengatur untuk peristiwa yang umum bisa terjadi di masyarakat, seperti kewajiban adanya dua orang saksi dalam akad nikah. Akan tetapi bila terjadi sengketa perkara di pengadilan, adanya nikah dapat pula dibuktikan dengan selain saksi, yaitu dengan akta nikah. Kewajiban adanya empat orang saksi untuk menjatuhkan hukuman *had zina* atau *rajam*, tetapi pembuktiannya di muka pengadilan dapat pula dengan bukti pengakuan, bukti persangkaan, bahkan dengan bukti sumpah *lian*.[36]

Memang yang dihadapi hakim adalah putusan mengenai kasus tertentu dan putusan yang dijatuhkan merupakan kasus yang berhubungan dengan perkembangan hukum, sehingga pada hakekatnya kasus yang diputuskan berkaitan erat dengan perubahan sosial, perbedaan tempat dan waktu, kemungkinan kasus tersebut belum diatur dalam perundang-undangan, sehingga diperlukan penciptaan hukum baru, atau sudah diatur dalam perundang-undangan, tetapi tidak sesuai lagi dengan nilai kesadaran masyarakat atas perubahan sosial, sehingga diperlukan penafsiran dan modofikasi.

Hukum kasus yang dihadapi oleh hakim pengadilan (agama) dimungkinkan sudah diatur dalam ketentuan peraturan perundang-undangan, namun apa yang dirumuskan di dalamnya terlampau umum, sangat bersifat abstrak, tidak sesuai dengan kepentingan umum, maka dalam menghadapi sifat peraturan perundang-undangan yang seperti itu, dituntut suatu keharusan kemampuan penafsiran undang-undang dari hakim. Dalam keadaan yang mengharuskan hakim melakukan interpretasi agar suatu peraturan perundang-undangan yang umum, abstrak dan

[36] ***Ibid.,*** hal. 16.

bertentangan dengan kepentingan umum dapat menjawab menyelesaikan kasus kejadian *konkreto*, yang diperlukan suatu sistem yang lazim disebut *"judge made law"*. Maka pembuktian hukum kasus, yakni menemukan hukum materiil melalui perkara di pengadilan lebih leluasa daripada menemukan hukum materiil di luar perkara pengadilan atau pada hukum fungsi mengatur. Sebagai contoh, hakim boleh memutus perkara berdasar *an-nukul* dan atau *an-nukul 'ala al-yamin al-mardudah* (pihak menolak mengucapkan sumpah yang diperintahkan oleh hakim pada sumpah pelengkap satu orang saksi dan atau menolak mengucapkan sumpah yang dikembalikan pihak lawan pada sumpah pemutus). Begitu pula hakim boleh memutus dengan *al-yamin ma'a asy-syahid* (satu orang saksi plus sumpah dari pihak yang memiliki saksi tersebut).[37]

Pada hukum dalam fungsi mengatur (*turuq hifz al-huquq*) al-Qur'an menyebutkan bahwa alatnya hanyalah dua orang laki-laki atau seorang laki-laki bersama dua orang perempuan. Akan tetapi dalam Surat an-Nisa' (QS. 59: 105) dinyatakan: *"Sesungguhnya Kami telah menurunkan al-Qur'an kepadamu dengan membawa kebenaran supaya kamu mengadili antara manusia dengan apa yang Allah telah wahyukan kepadamu"*. Maka *an-nukul* dan atau *an-nukul 'ala al-yamin al-mardudah, al-yamin ma'a asya-syahid,* itulah yang dimaksud dengan "apa yang Allah telah wahyukan kepadamu". Hal ini bukan berarti bertentangan atau merupakan tambahan atas *nash al-Qur'an*.

Bila uraian di atas dihubungkan dengan praktek di pengadilan Agama, maka dalam melihat kasus perkara yang beragam, lebih-lebih yang bersifat komulasi (sesuai dengan gugatan atau permohonan yang diajukan oleh pencari keadilan), maka pertama-tama hakim akan mendudukkan dahulu pokok perkaranya atau kasusnya (*case position atau nafs waqi' atau da'wa al-*

[37] ***Ibid.,*** hal. 17.

waqi'). Setelah itu hakim akan melihat bagaimana hukum-hukum materiil yang berkaitan dengan kasus itu, yaitu hukum materiil Islam dan peraturan perundang-undangan Republik Indonesia yang relevan dengan kasus itu, yang bersifat umum maupun yang bersifat khusus, baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis, untuk diukurkan kepada kasus tersebut.

Kemudian hakim akan menarik kesimpulan sesuai dengan bukti-bukti yang diajukan dan yang cocok dengan kasus tersebut. Akan tetapi dalam kasus yang bersifat komulasi, hukum yang persis sesuai dengan kasus itu "jarang ditemui", yang dengan sendirinya membawa konsekuensi pula di segi pembuktiannya.

Di sinilah letak kesulitan dan tanggung jawab hakim dalam menghubungkan fakta-fakta atau peristiwa, mendudukkan kasusnya serta mempergunakan pembuktian dan hukum yang relevan. Untuk itu dalam menghadapi perkara atau kasus yang demikian itu, maka seorang hakim harus berpikir global, dan bertindak lokal atau khusus (*'am an-nazari wa khas al- 'amali*).

Dalam menghadapi *particular case* atau sengketa perkara yang belum di atur dalam peraturan perundang-undangan, diperlukan cara penyelesaian khusus sesuai dengan pertumbuhan kesadaran dan perubahan sosial, atau kasus tersebut telah diatur dalam peraturan perundang-undangan, namun yang dirumuskan di dalamnya, terlampau umum, sangat bersifat abstrak, tidak sesuai dengan kepentingan umum, maka dalam menghadapi sifat peraturan perundang-undangan yang seperti itu, dituntut suatu keharusan kemampuan menafsirkan undang-undang dari hakim (*interpretation of tsatute*).

Dalam keadaan yang mengharuskan hakim melakukan interpretasi agar suatu peraturan perundang-undangan yang umum, abstrak dan atau bertentangan dengan kepentingan

umum untuk dapat menjawab penyelesaian kasus kejadian *konkreto* diperlukan suatu sistem yang lazim disebut *"judge made law"*. Fungsi hakim sebagai *jude made law* dalam menyelesaikan perkara tertentu melalui penafsiran undang-undang, ini hanya terbatas bersifat *case law* (penyelesaian kasus tertentu yang mengandung *partucular case* dan *particular reason*). Dengan demikian fungsi *jadge made law* melalui penafsiran undang-undang, terbatas untuk menambah putusan baru (*addition of new decesion*) tentang peristiwa *konkreto* yang berhubungan dengan kejadian kasus tertentu (*particular case*).

Patokan penafsiran yang dibenarkan, pada prinsipnya berpegang pada acuan:[38]

(a) kasus perkara *inkonkreto*, tidak persis sama dengan rumusan undang-undang. Pada kejadian seperti ini, penafsiran dilakukan dengan cara memberi makna atau menentukan arti suatu ketentuan undang-undang, sepaya ketentuan undang-undang tersebut dapat dipergunakan dan diterapkan dalam menyelesaikan dan memutus perkara yang disengketakan,

(b) redaksi undang-undang yang bersifat umum, abstrak dan bertentangan dengan kepentingan umum. Dalam kasus seperti ini, hakim melakukan penafsiran undang-undang yang bersangkutan dengan cara memberi isi kongkrit ke dalam rumusan kaidah undang-undang dimaksud, sesuai dengan kejadian perkara yang disengketakan, dan

(c) Undang-undang yang bersangkutan belum mengatur.

Menghadapi kejadian seperti ini, hakim berwenang mencipta *judge made law* sebagai keharusan. Secara obyektif dan realistik, hakim dalam melaksanakan fungsi dan kewenangan

---

[38] Yahya harahap, "Pengembangan Yurisprudensi Tetap (Bagian Pertama)," dalam ***Mimbar Hukum No. 15 Thn. V 1994***, hal. 71.

peradilan dalam menyelesaikan sengketa sering dihadapkan pada kausu tertentu *(particular case)* yang belum diatur dalam undang-undang, atau ada diatur dalam undang-undang, tetapi perumusannya sangat umum, abstrak dan bertentangan dengan kepentingan umum, maupun rumusannya tidak sesuai dengan kepatutan.

Selain itu, ada beberapa faktor yang menjadi landasan atas keharusan yang menempatkan hakim berperan sebagai *judge's as law maker*, yaitu:[39]

(1) peraturan perundang-undangan bersifat *konserfatif*,

(2) tidak pernah dijumpai undang-undang yang sempurna, dan

(3) tanggung jawab penegakan kebenaran dan keadilan berada dipundak hakim.

Tujuan menciptakan hukum melalui kodifikasi undang-undang, dimaksudkan untuk memepertahankan dan memantap-kan suatu suasana dan tatanan tertentu sesuai dengan gerak ruang waktu dan tempat. Setelah keadaan dan tatanan itu dipertahankan dan dimantapkan oleh peraturan undang-undang yang bersangkutan, eksistensi dan substansinya langsung membeku dan konserfatif. Dalam keadaan yang demikian, undang-undang sebagai pranata hukum akan berperilaku reaktif terhadap segala perubahan dan nilai-nilai baru. Seolah-olah undang-undang tidak mau bergeser dari kemantapan dan kemapanan yang telah tercipta.

Sebaliknya pada sisi lain, nilai-nilai kesadaran terus berubah, menggeser nilai lama. Perubahan dan pergeseran kesadaran masyarakat (*social change*), tidak pernah berhenti, terus berlanjut dan berlangsung dari waktu ke waktu tanpa mengenal perhentian. Akibatnya hukum yang dikodifikasi dalam bentuk

---

[39] ***Ibid.,*** hal. 72-74.

undang-undang ketinggalan dimakan waktu, ditinggalkan oleh arus perubahan yang senakin dinamis. Akan tetapi secara formil, undang-undang telah diakui sebagai satu-satunya alternatif sumber hukum yang memiliki legalitas sebagai alat penegakan hukum untuk menyelesaikan persengketaan, terkadang kalau isi ketentuannya diterapkan secara *stict law* sesuai dengan teks yang dirumuskannya, bisa menimbulkan ketidakadilan. Menghadapi kenyataan yang seperti itu, dikaitkan dengan tujuan peradilan, maka sangat beralasan memberi kewenangan kepada hakim untuk melakukan penafsiran, agar penerapan undang-undang dapat mencapai nilai kebenaran dan keadilan.

Di samping itu tidak pernah dijumpai undang-undang yang sempurna. Pembuat Undang-undang (Badan Legislatif), kemampuan dan daya prediksi serta rekayasa mereka sangat terbatas. Bertitik tolak dari hakekat keterbatasan tersebut sejak semula dapat diperkirakan, bahwa setiap kodifikasi undang-undang pasti mengandung kekurangan dan kelemahan. Terkadang hal yang sangat mendasar adalah pada waktu undang-undang itu berhadapan dengan peristiwa *konkreto,* tidak mampu memberikan penyelesaian yang *konstruktif*.

Meskipun pada saat kodifikasi undang-undang sudah dikaji dan dibahas dari berbagai aspek, sehingga telah dianggap sempurna, akan tetapi pada saat undang-undang dinyatakan berlaku, sudah banyak masalah *konkreto* yang sama sekali tidak pernah terpikirkan dan diperhitungkan pada saat pembuatan undang-undang itu. Sehubungan dengan kenyataan ni, sangat beralasan untuk memberikan kewenangan kepada hakim untuk melakukan *judge made law*, dengan peran dan fungsi menyempurnakan segala macam kekurangan dan kelemahan yang terkandung dalam setiap undang-undang yang telah terkodifikasi, dengan tujuan agar undang-undang yang dibuat oleh Badan Legislatif tersebut tetap aktual dan efektif. Dengan demikian, melalui peran dan fungsi *judge as law maker*, dalam arti

mencipta putusan-putusan baru berdasar *particular case*, suatu perangkat undang-undang yang kurang sempurna akan dilengkapi hakim melalui putusan dalam menghadapi peristiwa *konkreto* tertentu.

Melalui *doktrin the intrest of justice*, hakim diberi wewenang melakukan penafsiran undang-undang, yang berupa:[40]

(1) hakim bebas menafsir undang-undang ke arah penerapan hukum yang dianggapnya mampu meletakkan landasan membina dan memantapkan suatu tatanan yang benar, adil dan patut sesuai dengan perubahan sosial,

(2) melakukan penafsiran undang-undang ke arah pengembangan hukum yang *fleksibel* yang pada saat kodifikasi perundang-undangan belum dipikirkan oleh pembuat undang-undang, dan

(3) mencari dan menemukan kehendak yang diinginkan pembuat undang-undang, dan dari penemuan kehendak pembuat undang-undang yang terumus dalam isi dan jiwa undang-undang yang bersangkutan dijadikan *common basic idea* (landasan cita hukum umum) dalam menyelesaikan kasus *konkreto.*

Berdasarkan doktrin dan praktek, kewenangan seperti itu, baru dapat dilakukan hakim, apabila kasusu yang bersangkutan berhadapan dengan ketentuan perundang-undangan yang bersifat umum abstrak atau bertentangan dengan kepentingan umum. Agar tidak berkembang putusan-putusan pengadilan yang bersifat disparitas menghadapi kasus yang persis sama dikemudian hari, perlu dibina keseragaman penegakan hukum yang tidak berbeda.

Tujuan dan fungsi putusan yang diambil hakim melalui

[40] ***Ibid.,*** hal. 74.

peran *judge made law* atas kasus-kasus yang memiliki ciri *particular case*, antara lain bertujuan untuk:[41]

(1) menegakkan terwujudnya *law standard*. Kekosongan, ketidak jelasan serta kelemahan hukum positif yang tertuang dalam kodifikasi dapat disempurnakan oleh hakim melalui interpretasi dalam menghadapi kasus inkonkreto. Apabila kemudian hari timbul kasus yang seperti itu, hakim sedapat mungkin jangan membuat putusan baru yang menyimpang dari putusan terdahulu,

(2) menciptakan *unified legal frame work dan unified legal opinion*. Apabila telah terwujud *law standard* dalam kasus tertentu melalui *judge made law*, hal itu akan berdampak positif terhadap terwujudnya keseragaman landasan hukum yang sama (*unified legal frame work*) dan keseragaman persepsi hukum yang sama (*unified legal opinion*) dalam semua kalangan. Putusan tersebut langsung berperan dan berfungsi mewujudkan keseragaman landasan hukum dan keseragaman persepsi hukum mengenai kasus tertentu. Semua pihak menjadikan putusan dimaksud sebagai standar hukum dan dijadikan sebagai rujukan utama dalam menyelesaikan sengketa.

(3) tercipta kepastian penegakan hukum, karena menghadapi kasus yang sama semua pihak akan merujuk kepada standar hukum yang sama. Perujukan yang demikian memberi kepastian kepada para pencari keadilan. Bahwa dalam menghadapi kasus yang demikian, akan diterapkan ketentuan hukum yang bersumber dari *standar* yang tercipta melalui *proses judge made law*, dan

(4) mencegah terjadinya putusan *disparitas*. Apabila suatu putusan telah diterima sebagai standar hukum mengenai

[41] ***Ibid.,*** hal. 75-76.

kasus yang sama, maka akan terwujud kepastian penegakan hukum. Kalau kepastian penegakan hukum sudah terjamin melalui *judge made law*, maka putusan yang bersangktan berfungsi langsung menghilangkan putusan pengadilan yang bercorak *disparitas.* Kekacauan putusan yang mengandung kesenjangan dan perbedaan antara yang satu dengan lainnya tidak akan ditemukan lagi.

Perlu diketahui, bahwa tidak semua putusan yang berasal dari *judge made law* menjadi *stare decisis*, meskipun putusan yang bersangkutan mengandung *particular case.* Agar suatu putusan berkualitas dan dapat diangkat derajatnya sebagai *stare desicis*, yaitu sebagai berikut:[42]

(1) putusan tersebut mengandung *ratio decidendi*, yaitu putusan menjelaskan dasar-dasar hukum yang aktual sebagai landasan pertimbangan atau putusan menjelaskan alasan-alasn hukum yang aktual dan rasional, dan dari alasan itulah diambil kesimpulan dan aturan hukum yang ditetapkan hakim dalam putusan yang dijatuhkan, dan semua fakta yang ditemukan hakim dalam proses persidangan, harus dipertimbangkan dengan seksama, dan

(2) putusan juga harus mengandung *obiter dicta*, yaitu hal-hal yang tidak pokok tetapi dapat menjelaskan lebih terang *ratio decidendi*, harus tertuang dalam putusan. Dengan demikian kandungan *obiter dicta* dalam putusan merupakan pelengkap *ratio decidendi*, meskipun *obiter dicta* bukan hal yang pokok dalam putusan.

[42] ***Ibid.,*** hal. 77.

YANG DAPAT DITRANSFORMASIKAN HUKUM ISLAM KE DALAM HUKUM NASIONAL

Transformasi mempunyai makna mengubah rupa, bentuk, sifat, fungsi atau mengalihkan. Yang dimaksud tranformasi hukum Islam ke dalam hukum nasional di sini, yaitu perubahan rupa, bentuk (sifat) atau mengalihkan hukum Islam (diubah, dialihkan dan disumbangkan) kepada hukum nasional, sehingga hukum Islam itu tidak saja milik orang Islam, tetapi hukum Islam itu milik nasional (Indonesia) akibatnya menjadi hukum nasional. Adapun hukum nasional yaitu peraturan yang dibuat oleh pemerintah (eksekutif) bersama-sama dengan badan legislatif yang berlaku bagi semua orang di suatu masyarakat (nagara).

Pembangunan atau pembinaan hukum nasional adalah pembinaan asas-asas hukum, prinsip hukum dan kaidah-kaidah hukum yang mampu menjadi sarana dan menjamin keadilan, kebenaran, ketertiban dan kepastian hukum sehingga terwujud suatu masyarakat Indonesia yang bebas, sama, damai dan

sejahtera. Dari sudut ini, pembinaan hukum nasional mengandung makna pembaharuan dan pembentukan asas-asas hukum, prinsip-prinsip hukum, dan kaidah hukum baru.

Ada dua cara yang ditempuh dalam pembinaan hukum nasional, yaitu melalui pembentukan perundang-undangan dan melalui putusan-putusan hakim atau yurisprudensi.[43] Pada saat ini, dalam sistem hukum apapun yurisprudensi menduduki tempat yang sangat penting, karena dalam yurisprudensi orang dapat menemukan wujud kaidah hukum yang kongkret, di samping itu sesuai dengan fungsi hakim, melalui yurisprudensi dimungkinkan adanya penyesuaian kaidah hukum dengan tuntutan perubahan, baik perubahan keadaan maupun perubahan rasa keadilan. Dalam bentuk-bentuk penyesuaian, antara lain melalui penafsiran suatu kaidah perundang-undangan, mungkin tidak lagi mempunyai arti efektif. Dalam keadaan seperti itu, sistem hukum suatu masyarakat atau negara akan lebih dicerminkan oleh rangkaian yurisprudensi daripada oleh rangkaian peraturan perundang-undangan.

Wujud tranformasi dari putusan atau yurisprudensi dari Peradilan Agama dalam (pembinaan) hukum nasional, yaitu: putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama yang digali dari ajaran atau hukum Islam atau penerapan ajaran atau hukum Islam, akan menjelma dalam bantuk sebagai berikut.

Pertama, penemuan asas dan prinsip hukum. Asas dan prinsip hukum merupakan sub sistem terpenting dari suatu sistem hukum. Tiada sistem hukum tanpa asas hukum. Asas hukum dan prinsip hukum berada pada peringkat yang lebih atas daripada sistem kaidah. Bukan hanya yang sifatnya universal, melainkan di dalam asas hukum tercermin tata nilai dan pesan-

[43] Wawancara dengan Bagir Manan (Mantan Ketua Mahkamah Agung Republik Indonesia) di Universitas Islam Sultan Agung (Unissula) Semarang, pada tanggal 20 Januari 2010.

pesan kultural yang semestinya diwujudkan oleh suatu kaidah hukum. Ke dalam asas-asas hukum dan prinsip-prinsip hukum yang digali dari ajaran dan hukum Islam termuat pesan tata *nilai religius* yang menjadi watak dan karakter rakyat dan bangsa Indonesia. Tata nilai religius yang secara tradisional dalam salah satu cara berpikir rakyat dan bangsa Indonesia ialah *"magis religius"* yang kemudian tersempurnakan dalam bentuk kepercayaan kepada Tuhan Yang Maha Esa.

Kedua, Pembentukan kaidah-kaidah hukum. Peran putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama di sini adalah sebagai media transformasi kaidah-kaidah yang bersumber dari ajaran dan hukum Islam menjadi bagian dari sistem hukum nasional. Dengan demikian tidak akan ada lagi dualisme antara hukum Islam dan hukum nasional karena tercermin secara utuh dalam yurisprudensi.

Ketiga, Tidak pula kurang pentingnya kalau yurisprudensi Peradilan Agama dapat mentransformasikan, melahirkan, atau mengadaptasi ajaran (*doktrin*) hukum menurut ajaran Islam menjadi ajaran (*doktrin*) dalam sistem hukum nasional. Pada akhirnya dari segi yang lain, yurisprudensi Peradilan Agama dapat pula mengandung makna penyesuaian kaidah-kaidah fikih yang dipandang tidak sesuai lagi dengan tuntutan dan perkembangan zaman atau karena meningkatnya kemampuan memahami ajaran Islam yang menjadi sumber atau yang mempengaruhi suatu kaidah fikih.[44]

Dengan demikian sangat *urgen* peran putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama berkaitan dengan (pembinaan) hukum nasional, orang dapat menemukan wujud kaidah hukum

---

[44] Bagir Manan, Peranan Peradilan Agama dalam Pembinaan Hukum Nasional, dalam Juhhaya S. Praja, ***Hukum Islam di Indonesia: Pemikiran dan Praktek***, Cet. 1, (Bandung: Remaja Rosdakarya, 1991)**,** hal. 152-153.

yang kongkrit karena tuntutan perubahan keadaan maupun rasa keadilan. Disamping itu yurisprudensi berperan pula dalam mengisi kekosongan hukum, khususnya kekosongan peraturan perundang-undangan. Peraturan perundang-undangan adalah sekedar penjelmaan kehendak yang paling berpengaruh dan kenyataan atau hal-hal yang dapat dianggap oleh pikiran pada saat tertentu, sedangkan kehidupan berjalan terus, hal-hal baru dijumpai, hal-hal lama menjadi usang. Hukum yang mencerminkan suasana usang tidak mungkin diterapkan, sebaliknya hal-hal yang baru belum diatur. Hakim melalui yurisprudensi, akan menjadi pemelihara keadilan, ketertiban dan kepastian melalui penciptaan kaidah baru dalam suatu situasi yang konkrit.

Peraturan perundang-undangan pada dasarnya adalah penjelmaan dari kehendak yang paling berpengaruh. Dengan perkataan lain, peraturan perundang-undangan tidak lain dari perwujudan kehendak politik, karena ia pada hakekatnya adalah "produk politik" dalam bentuk kaidah hukum. Dalam kaitan ini, akan tampak pula peran lain dari putusan hakim atau yurisprudensi. Yurisprudensilah yang mengubah "wajah politik" suatu peraturan perundang-undangan menjadi wajah hukum secara lebih murni. Hakim tidak lagi terutama berpedoman pada keinginan pembentuk peraturan perundang-undangan. Hakim terutama berpedoman pada tujuan hukum yang terkandung dalam peraturan perundang-undangan tersebut. Mengingat hal tersebut, tidak kecil arti putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama dalam sistem hukum nasional melalui pembinaan yurisprudensi yang baik dan teratur.[45]

Dalam transformasi ini, hukum Islam akan senantiasa bersikap antisipatif terhadap perkembangan sosial dan dalam perkembangan selanjutnya hukum Islam memberikan andil yang

[45] ***Ibid.,*** hal. 152.

cukup besar bagi pembangunan hukum nasional. Pengaruh pilitik kenegaraan terhadap hukum Islam sangat signifikan, banyak perundang-undangan yang berlabel Islam, karena ini terjadi adanya hubungan kerjasama antara *ulama'* dengan *umara'* dalam menjalankan fungsi masing-masing. Ulama' melakukan fungsi *ijtihad* baik *ijtihad fatdhi* (individu) maupun *ijtihad jama'i* (kolektif) dan hasil ijtihad ulama' ini disebut *fikih*. Hasil ijtihad tersebut disumbangkan kepada *umara'* (legislatif dan eksekutif) yang mempunyai fungsi menetapkan undang-undang, menegakkannya serta menjalankan *eksekusi* (melaksanakan hukum) sampai pada memberikan sanksi kepada pelanggar hukum. Hasil *ijtihad* hukum *ulama'* yang disumbangkan kepada *umara'* merupakan *siyasah syar'iyyah* (politik hukum) untuk melindungi dan mengatur *kemaslahatan*.

Politik suatu pemerintahan sangat berpengaruh terhadap semua kebijakan yang ada, termasuk kebijakan perundang-undangan yang berlaku. Selanjutnya untuk mengakomodasi berbagai kepentingan dan kemajemukan hukum, pemerintah mempunyai *politicel will*, karena itu kemudian mulai bermunculan produk perundang-undangan yang mengakomodir hukum Islam, bahkan hukum Islam menjadi bahan baku pembentukan hukum nasional.

Transformasi hukum Islam ke dalam perundang-undangan hukum nasional, di samping perundang-undangan itu sendiri, juga transformasi asas-asas hukum Islam banyak yang terserap dalam hukum nasional. Suatu kenyataan yang akan memberikan prospek ke depan lebih baik, di mana hukum Islam akan menjadi inspirasi utama dalam pembentukan hukum nasional. Proses politik suatu negara akan menghasilkan banyak kebijakan, di antaranya adalah perundang-undangan. Perundang-undangan yang merupakan produk hukum *in abstracto* memerlukan komponen lain yang akan menjadikannya ke dalam bentuk *in*

concreto, yang memerlukan *instrumen struktural* yang mengejahwantanya di tengah masyarakat. Dari sini kemudian muncul institusi atau lembaga yang melahirkan perundang-undangan atau peraturan-peraturan yang menyentuh langsung masyarakat. Seperti Departemen Hukum dan HAM, Departemen Agama, Mahkamah Agung yang banyak mempengaruhi proses berkembangnya hukum Islam di Indonesia. Sebagai contoh adalah kerjasama antara Mahkamah Agung dengan Departemen Agama dalam merumuskan Kompilasi Hukum Islam (KHI). Kemudian dalam produk peradilan sebagai upaya penerapan hukum Islam dalam perkara tertentu melalui Peradilan Agama yang terhimpun dalam kumpulan yurisprudensi. Dengan demikian hakim (Peradilan Agama) memiliki peran penting dalam pembentukan hukum Islam.

Arah dan kebijakan hukum mendatang antara lain mengamanatkan agar diakui dan dihormati hukum agama (termasuk hukum Islam) dalam menata hukum nasional yang menyeluruh dan terpadu dan diupayakan agar segala peraturan perundang-undangan tidak bertentangan dengan moral agama. Allah mewajibkan kepada umat Islam untuk melaksanakan syari'at Islam dalam kehidupan mereka pribadi, bermasyarakat dan bernegara. Menegakkan syari'at sebagian membutuhkan bantuan alat perlengkapan negara dan sebagian yang lain tidak perlu bantuan alat perlengkapan negara, ia dilaksanakan langsung oleh pribadi masing-masing. Karena adanya perubahan dari waktu ke waktu, maka perlu pemahaman syari'ah yang kontekstual yang disebut fikih, dalam rangka penerapan syari'ah dalam suatu sistem sosial dan pada waktu tertentu.

Masyarakat muslim Indonesia menerapkan dan mentransformasikan syari'ah melalui penerapan fikih dalam sistem sosial khas Indonesia, yang berbeda dengan sistem sosial yang melatar belakangi fikih konvensional berbagai mazhab yang

dipelajari dan dikaji di Indonesia. Untuk memecahkan masalah mentransformasikan fikih atau hukum Islam sebagai *ius constituendum* dalam hukum nasional sebagai *ius constitutum* menggunakan pendekatan teori pertingkatan hukum yang dinyatakan, bahwa berlakunya suatu hukum harus dikembalikan kepada hukum yang lebih tinggi kedudukannya. Dengan demikian akan didapatkan pertingkatan sebagai berikut:

(1) adanya cita hukum (*rechtsidee*) yang merupakan norma yang abstrak,

(2) ada norma antara (*law in books*) yang dipakai sebagai perantara untuk mencapai cita-cita, dan

(3) ada norma kongkrit (*concrete norm*) yang dinikmati orang sebagai hasil penerapan norma antara atau penegakannya di pengadilan.

Apabila teori pertingkatan hukum ini diterapkan pada permasalahan hukum Islam sebagai sumber hukum nasional, maka gambaran pertingkatan hukumnya sebagai berikut:

(1) norma abstrak, yaitu nilai-nilai dalam kitan suci al-Qur'an (universal dan abadi dan tidak boleh dirubah manusia),

(2) norma antara, yaitu asas-asas serta pengaturan, hasil kreasi manusia sesuai situasi, kondisi, budaya dan kurun waktu, muncul sebagai peraturan negara, pendapat ulama', pakar/ilmuwan, kebiasaan, dan

(3) norma kongkrit, yaitu semua hasil penerapan dan pelayanan hukum kreasi manusia, serta hasil penegakan hukum di pengadilan (hukum positif, *living law*).

Secara ringkas dapat dirumuskan sebagai berikut:

(1) nilai-nilai Islam,

(2) asas-asas dan penuangannya dalam hukum nasional, dan

3) terapannya dalam hukum positif serta penegakannya.

Metode atau teknik yang digunakan oleh ulama untuk menstranformasikan fikih dalam hukum nasional sebagai norma konkrit, adalah melalui metode *hilah* dengan pendekatan kultural. Contoh hukum yang berlaku di masyarakat muslim Indonesia yang berkaitan dengan agama Islam adalah hukum perkawinan, kewarisan dan perwakafan dan telah menjadi hukum nasional. Hukum Islam (*fikih*) berhadapan dengan hukum yang telah lama berlaku dalam masyarakat Indonesia. Para ulama' membiarkan hukum yang telah berlaku tersebut, akan tetap berlaku sepanjang tidak bertentangan dengan hukum Islam (*fikih*), tetapi mereka tahap demi tahap mengganti bahasa hukum yang telah berlaku dengan bahasa fikih. Dengan demikian para ulama' mentransformasikan hukum Islam (*fikih*) dengan hukum yang telah berlaku dan berupa hukum kebiasaan.. Oleh karena itu hukum kebiasaan yang telah ada tetap dibiarkan berlaku sepanjang tidak bertentangan dengan fikih, tetapi bahasa hukumnya diganti dengan bahasa fikih.

Sebagai contoh, para ulama dalam menstransformasikan hukum kewarisan Islam dalam hukum Adat dengan dua cara, yaitu:

(1) mensosialisasikan hukum kewarisan Islam melalui peningkatan keislaman masyarakat, dengan sasaran masyarakat akan menerapkan hukum kewarisan Islam dan meninggalkan hukum kewarisan Adat yang bertentangan dengan hukum kewarisan tersebut, dan

(2) mengganti hukum kewarisan Islam dengan hukum kewarisan *hibah* dan *wasiat*, yaitu sistem kewarisan dengan cara pemilik harta sebelum meninggal dunia membagi hartanya dengan keluarga dekatnya atau kepada orang-orang lain melalui lembaga *hibah* atau *wasiat* sesuai dengan kemauannya, sehingga setelah meninggalnya pewaris,

hartanya sudah terbagi habis. Dalam bidang hukum perkawinan, ulama' mentransformasikan hukum perkawinan Islam dengan menggantikan hukum perkawinan Adat dengan hukum perkawinan Islam, kemudian hukum perkawinan Adat tersebut diturunkan dari lembaga hukum menjadi ketentuan moral, dan kemudian hukum perkawinan Islam diberikan status sebagai hukum positif, dan dilaksanakan bersama-sama dengan ketentuan Adat sebagai moral.

Di era globalisasi ini, transformasi hukum Islam pada Abad XX pada negara-negara yang mayoritas penduduknya beragama Islam yang baru terlepas atau merdeka dari penjajahan Barat, yang pada waktu masa penjajahan di negara-negara tersebut diperlakukan hukum Barat baik hukum *privat* maupun hukum *publiknya*, kecuali hukum keluarga (*al-ahwal al-syakhshiyyah*) yang tetap berlaku baik secara materiil maupun secara formil.

Sesudah terlepas dari penjajahan yang kemudian merdeka, negara-negara tersebut berusaha untuk membentuk hukum nasionalnya sendiri menggantikan hukum kolonial. Dalam pembentukan hukum nasional mereka, mereka berusaha mentransformasikan hukum Islam dalam hukum nasional mereka. Untuk menjawab tantangan tersebut, serta untuk menjawab tantangan perubahan sosial yang ada, maka hukum Islam dapat ditransformasikan dengan menggunakan teknik-teknik sebagai berikut, yaitu:

(1) *takhsish al-qadla*, yaitu negara dapat mengambil kebijakan prosedural untuk memberikan wewenang kepada peradilan agar tidak menerapkan ketentuan hukum keluarga dalam situasi tertentu, tanpa berusaha untuk merubah substansi hukum Islam tersebut,

(2) *takhayyur*, yaitu memilih ajaran-ajaran fikih selain dari

mazhab mayoritas masyarakat, apabila pendapat tersebut lebih sesuai dengan perkembangan masyarakat tersebut. Teknik ini juga dikenal dengan teknik *talfiq*, yaitu menggabungkan beberapa ajaran mazhab yang berbeda,

(3) *Reintrepretasi*, yaitu melakukan reinterpretasi baru terhadap ayat-ayat al-Qur'an dan as-Sunnah berkenaan dengan perubahan sosial, dan

(4) *siyasah syar'iyyah*, yaitu berupa kebijakan penguasa untuk menerapkan peraturan perundang-undangan yang bermanfaat dan tidak bertentangan dengan *syari'ah*.

WUJUD DAN PERTIMBANGAN HUKUM DALAM PUTUSAN IJTIHAD HAKIM PERADILAN AGAMA TENTANG PENGEMBANGAN HUKUM KEWARISAN ISLAM DALAM KOMPILASI HUKUM ISLAM

KASUS POSISI A :[46]

"Pewaris hanya meninggalkan satu anak perempuan (ahli waris), yang *menghijab* saudara kandung laki-laki pewaris, dan ia (anak perempuan pewaris tersebut) mendapatkan seluruh bagian harta warisan dari ayahnya (pewaris)". Yurisprudensi Mahkamah Agung tersebut di atas, berbeda dengan norma hukum yang terlegalitas dalam al-Qur'an maupun Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang menentukan bagian ahli waris secara *al-furud al-muqaddara* (bagian yang ditentukan secara pasti). Di dalam *QS. An-Nisa'* (4): ayat 11 dinyatakan: " ...... *Jika anak perempuan itu seorang saja, maka ia memperoleh separoh harta* ..... ". Demikian juga dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) sebagai hukum materiil

---

[46] ***Putusan Pengadilan Agama Mataran***: No. 85/Pdt. G/92/V/PA. MTR, tertanggal 5 Nopember 1992 M, bertepatan tanggal 10 Jumadil Awal 1413 H, Jo. ***Putusan Pengadilan Tinggi Agama Mataran:*** No. 19/Pdt. G/1993/PTA. MTR, tanggal 15 September 1993 M, bertepatan dengan tanggal 28 Rabiul Awal 1414 H, Jo. ***Putusan Mahkamah Agung RI***: No. 86 K/AG/194, tanggal 28 April 1995.

yang digunakan sebagai pedoman hakim Peradilan Agama dalam bab III tentang Besarnya Bahagian, Pasal 176 dinyatakan: " Anak perempuan bila hanya seorang ia mendapat separoh bagian .... ".

Adapun kasus posisinya sebagai berikut, bahwa telah hidup dua orang laki-laki bersaudara, yaitu saudara kandung A dan saudara kandung B. saudara kandung A telah meninggal dunia dan telah meninggalkan ahli waris (utama) yang semuanya telah meninggal dunia kecuali masih meninggalkan 1 (satu) anak perempuan. Disamping itu saudara kandung A, di samping meninggalkan ahli waris, juga meninggalkan harta warisan. Dahulu ketika saudara kandung A meninggal dunia harta tinggalannya belum dibagi waris, tetapi langsung dikuasai dan dikelola oleh saudara kandung (B), karena pada waktu itu anak perempuan almarhum (pewaris) masih kecil.

Berdasarkan alasan-alasan tersebut di atas, saudara kandung (B) mengajukan gugatan ke Pengadilan Agama untuk dapat menerima dan mengadili serta memberikan putusan antara lain menetapkan ahli waris dari almarhum termasuk Penggugat (saudara kandung B) dan menetapkan harta peniggalan yang belum dibagi wariskan kepada ahli waris dan melakukan pembagian warisan. Menimbang bahwa dari hasil pemeriksaan dalam sidang Pengadilan Agama tersebut diputuskan bahwa saudara laki-laki Pewaris mendapat pembagian harta warisan bersama-sama dengan anak perempuan Pewaris. Dengan demikian berarti bahwa saudara laki-laki dari Pewaris tidak *terhijab* atau terdinding oleh anak perempuan pewaris.

Atas putusan Pengadilan agama tersebut di atas Tergugat melakukan banding ke Pengadilan Tinggi Agama yang mengadili, memutuskan menguatkan putusan Pengadilan Agama untuk sebagian dan membatalkan sebagian lainnya dengan mengadili sendiri, sehingga berbunyi selengkapnya dan atau

sebagian sebagai berikut: "menetapkan bagian masing-masing ahli waris, yaitu anak perempuan pewaris (Tergugat I) mendapat ½ (setengah) dari harta warisan pewaris dan saudara laki-laki pewaris mendapat *ashabah* (1/2 bagian) dari harta warisan pewaris. Jadi putusan Pengadilan Agama dan Pengadilan Tinggi Agama sama-sama memutuskan bagian warisan antara anak perempuan pewaris dan saudara kandung pewaris, dengan demikian anak perempuan pewaris tidak menghalangi (*memahjub*) saudara kandung pewaris.

Pandangan Mahkamah Agung berbeda dengan pandangan Peradilan Agama dan pandangan Pengadilan Tinggi Agama. Dalam hal ini Mahkamah Agung berpendapat, bahwa Pengadilan Tinggi telah salah dalam menerapkan hukum karena mendudukkan saudara laki-laki kandung pewaris sebagai *"ashabah"* yang sama dengan anak perempuan Pewaris dalam hal ini kedudukannya tidak dapat disejajarkan dengan pamannya selaku ahli waris yang sama-sama menerima warisan dari pewaris.

Dengan demikian, menutut pandangan Mahkamah Agung bahwa keberatan pembanding dapat dibenarkan karena Pengadilan Tinggi Agama telah salah menerapkan hukum. Menurut Mahkamah Agung berpendapat bahwa selama masih ada anak baik laki-laki maupun perempuan maka hak waris dari orang-orang yang mempunyai hubungan darah dengan pewaris, kecuali orang tua, suami dan istri menjadi tertutup (*terhijab*). Menurut Mahkamah Agung pendapat ini sejalan dengan pendapat Ibnu Abbas salah seorang ahli tafsir yang *mu'tabar* di kalangan sahabat Nabi dalam menafsirkan kata-kata *"walad"* pada ayat 176 *Surat an-Nisa'* yang berpendapat pengertiannya mencakup anak laki-laki maupun anak perempuan.

Dari membaca kasus posisi yang diutarakan di atas dan dengan memperhatikan berkas-berkas perkara yang ada, maka di

antara hal yang menarik perhatian untuk dianalisis adalah tentang perbedaan kesimpulan antara Pengadilan Tinggi Agama Mataram dengan Mahkamah Agung. Menutut Pengadilan Tinggi Agama Mataram bahwa harta peninggalan pewaris harus dibagi antara ahli waris yang terdiri dari anak perempuan dan saudara laki-laki dari pewaris. Dalam salah satu pertimbangan hukumnya, Pengadilan Tinggi Mataram menyatakan: "menimbang bahwa hasil dari pemeriksaan Pengadilan Agama Mataram terhadap para pihak dari saksi-saksi, telah terbukti bahwa almarhum (pewaris) telah sama-sama diakui bahwa telah meninggal dunia dengan meninggalkan seorang anak perempuan dan seorang saudara laki-laki. Menimbang bahwa meskipun harta peninggalan tersebut telah dibalik nama ke saudara kandung pewaris, namun oleh karena pada waktu meninggalnya pewaris harta itu masih milik pewaris, maka oleh karenanya harta peninggalan pewaris itu merupakan harta peninggalan yang diwariskan kepada ahli warisnya. Menimbang bahwa dari hasil pemeriksaan dalam sidang Pengadilan Agama Mataram telah terbukti bahwa harta peninggalan Pewaris tersebut belum dibagikan kepada ahli waris yang berhak menerimanya, dan oleh karenanya harta peninggalan tersebut (berupa tanah kebun) masih merupakan tanah serikat para ahli waris.

Dalam pertimbangan tersebut terdapat suatu pendapat bahwa saudara laki-laki dari pewaris mendapat pembagian harta warisan bersama-sama dengan anak perempuan pewaris, dengan demikian berarti bahwa saudara laki-laki dari Pewaris tidak *terhijab* atau tidak terhalang oleh anak perempuan Pewaris. Mereka berserikat harta peninggalan pewaris. Pendapat inilah yang populer di kalangan para ahli hukum Islam dan menurut ahli *tafsir al-Qurthubi* dalam buku tafsirnya *al-jami' li ahkam al-Qur'an*, pendapat tersebut merupakan pendapat mayoritas

ulama.[47] Mereka membedakan antara anak laki-laki dengan anak perempuan. Yang disebut terakhir ini yaitu anak perempuan pewaris tidak menjadi penghalang dari saudara laki-laki pewaris untuk mendapatkan warisan.

Lain halnya dengan anak laki-laki yang dianggap menjadi penghalang bagi saudara laki-laki pewaris untuk mendapatkan harta warisan. Sebagai alasan, mengapa anak laki-laki sebagai penghalang bagi saudara laki-laki pewaris, yaitu QS. An-Nisa' (59): ayat 176 yang artinya: *" Allah beri fatwa kepadamu tentang kalalah, yaitu laki-laki mati (padahal) tidak ada baginya walad (anak) tetapi ada baginya seorang saudara perempuan, maka (saudara perempuan) ini dapat separoh dari apa yang ia tinggalkan, dan (saudara laki-laki) itu jadi warisnya (pula) jika tidak ada baginya walad (anak). Jika ada saudara perempuan itu dua orang, maka mereka berdua dapat dua pertiga dari apa yang ia tinggalkan, dan jika mereka itu laki-laki dan perempuan, maka yang laki-laki dapat bagian dua bagian perempuan. Allah terangkan bagi kamu supaya kamu tidak sesat, karena Allah amat mengetahui tiap-tiap sesuatu".*

Dalam ayat tersebut ditegaskan bahwa jika seorang yang meninggaldunia tidak punya anak, tetapi mempunyai saudara laki-laki maupun saudara perempuan dari yang meninggal dunia itu (pewaris), maka ia mendapat pembagian dari harta peninggalan pewaris itu. *Mafhum mukhalafahnya* menunjukkan bahwa jika seorang yang meninggal itu mempunyai anak (*walad*), maka saudara dari pewaris yang meninggal itu terdinding dalam arti tidak berhak mendapatkan pembagian dari harta warisan saudaranya yang meninggal itu.

Permasalahan sekarang adalah apa yang dimaksud dengan kata *"walad"* (anak) dalam ayat tersebut yang *menghijab* atau

---

[47] 47 Satria Effendi M. Zein, "Analisis Fiqh," dalam ***Mimbar Hukum No. 30 Thn. VIII 1997***, hal. 108.

menjadi penghalang bagi saudara kandung pewaris untuk mendapatkan warisan. Menurut pendapat mayoritas ulama, seperti yang dikemukakan oleh Qurthubi di atas, bahwa yang dimaksud dengan *"walad"* (anak) dalam ayat tersebut adalah khusus adalah anak laki-laki tidak mencakup anak perempuan. Dengan demikian, keberadaan anak perempuan tidak mendinding (*menghijab*) saudara kandung dari Pewaris sehingga masing-masing mereka mendapat bagian dari harta peninggalan pewaris itu. Sesuai dengan pendapat inilah kelihatannya Pengadilan Tinggi Agama Mataram memutuskan perkara tersebut di atas sehingga saudara laki-laki pewaris mendapat harta peninggalan saudara kandungnya pewaris meskipun pewaris meninggalkan anak perempuan.

Berbeda dengan penafsiran tersebut di atas, Ibnu Abbas, seorang sahabat Rasullah, berpendapat bahwa yang dimaksud dengan kata *"walad"* (anak) dalam ayat tersebut di atas mencakup anak laki-laki dan anak perempuan. Pendapat ini selajan dengan *mazhab Zahiri*. Alasan mereka antara lain adalah bahwa kata *"walad"* (anak) dan yang seakar dengannya dipakai dalam al-Qur'an bukan saja untuk anak laki-laki tetapi juga untuk anak perempuan. Misalnya dalam *QS. An-Nisa'* (59): ayat 11, Allah berfirman dengan memakai kata *"aulad"* (kata *jama'* dari kata *"walad"*) yang artinya: *"Allah mewajibkan bagi kamu tentang "aulad" (anak-anakmu), buat seorang anak laki-laki (adalah) seperti bagian dua anak perempuan"*.

Kata *"aulad"* dalam ayat tersebut mencakup anak laki-laki dan anak perempuan. Sejalan dengan pengertian tersebut, maka kata *"walad"* dalam ayat 176 Surat an-Nisa' tersebut di atas, menurut mereka juga mencakup anak laki-laki dan anak perempuan. Menurut pendapat ini, baik anak laki-laki maupun anak perempuan masing-masing mendinding (*memahjub*) saudara kandung pewaris dari mendapatkan atau mewarisi harta peninggalan pewaris.

Penafsiran seperti di atas bila diterapkan kepada kasus posisi ini, maka kesimpulan yang dapat diambil adalah bahwa keberadaan anak perempuan Pewaris menjadi penghalang (*memahjub*) saudara kandung pewaris dari mendapatkan harta warisan. Penafsiran seperti inilah yang dipakai Mahkamah Agung untuk membatalkan putusan Pengadilan Tinggi Agama Mataram seperti tersebut di atas. Dalam salah satu pertimbangan hukumnya Mahkamah Agung menjelaskan: "Menimbang, bahwa Mahkamah Agung berpendapat, "selama masih ada anak baik laki-laki maupun perempuan maka hak waris dari orang-orang yang mempunyai hubungan darah dengan pewaris kecuali orang tua, suami dan istri, menjadi tertutup (*terhijab*)". Bahwa pendapat ini sejalan dengan pendapat Ibnu Abbas salah seorang ahli tafsir yang *mu'tabar* di kalangan sahabat Nabi dalam menafsirkan kata *"walad"* pada ayat 176 Surat an-Nisa' yang berpendapat pengertian *"walad"* mencakup baik anak laki-nali maupun anak perempuan. Menimbang, bahwa dalam perkara ini dengan adanya permohonan Kasasi/Tergugat asal (anak perempuan pewaris), maka Termohon Kasasi/ Penggugat asal (pamannya) menjadi tertutup atau *terhijab* untuk mendapatkan warisan.

Bila diperhatikan adanya dua kesimpulan yang berbeda di atas maka perbedaan itu bertolak dari adanya dua sikap yang berbeda dalam memilih salah satu dari dua pendapat ulama tersebut. Namun masing-masing mereka tidak mengemukakan alasan mengapa memilih yang satu dan mengenyampingkan yang lain. Pengadilan Tinggi Agama Mataram meskipun tidak secara tegas menyatakan bahwa keputusannya itu didasarkan atas penafsiran mayoritas ulama terhadap ayat 176 Surat an-Nisa' tersebut, namun kenyataannya kesimpulan seperti itu sejalan dengan hasil penafsiran mayoritas ulama. Namun tidak mengemukakan alasan mengapa memakai pendapat mayoritas ulama dan mengenyampingkan pendapat Ibnu Abbas.

Mahkamah Agung secara tegas memilih pendapat Ibnu Abbas dalam menafsirkan ayat tersebut. Namun tidak memberi alasan mengapa mengenyampingkan pendapat mayoritas ulama seperti yang dipakai oleh Pengadilan Tinggi Agama Mataram.

Suatu hal yang perlu diketahui, adalah bahwa salah satu ciri hukum Islam bahwa di samping ada hukum-hukum yang disepakati oleh para ulama seperti halnya hukum-hukum yang telah ditegaskan dalam al-Qur'an atau Sunnah, ada pula hukum-hukum hasil *ijtihad* yang diperbedakan di kalangan mereka. Dalam hukum hasil ijtihad ini, dalam suatu masalah bisa jadi terdapat beberapa kesimpulan hukum. Untuk menghadapi perbedaan *mazhab* seperti ini, menurut ulama *ushul fikih* ada beberapa hal yang perlu diperhatikan dalam menentukan sikap, pendapat mana yang harus dipilih oleh hakim, antara lain:[48]

Pertama, bilamana salah satu dari beberapa pendapat telah menjadi undang-undang dalam sebuah negara atau masyarakat, maka yang dianggap berlaku dalam masyarakat itu adalah pendapat yang telah dicantumkan dalam undang-undang. Dengan demikian, baik hakim atau para *mufti* harus terikat dengan bunyi undang-undang. Keputusan hakim yang telah didasarkan atas undang-undang itu, tidak bisa digugat dengan *mazhab* atau pendapat lain yang tidak tercantum dalam undang-undang itu.

Kedua, Jika belum menjadi undang-undang, tetapi telah terjadi kesepakatan dalam suatu masyarakat bahwa yang akan diperlakukan di pengadilan adalah *mazhab* atau tokoh tertentu, maka untuk selanjutnya kesepakatan itu mengikat masyarakat tersebut. Artinya, selama putusan hakim sejalan dengan *mazhab* atau pendapat yang telah disepakati untuk dipakai dalam masyarakat ini, maka putusan hakim tidak dapat digugat oleh

[48] ***Ibid.,*** hal. 110-112.

mazhab atau pendapat lain yang tidak sejalan dengan kesepakatan itu.

Ketiga, Jika belum ada undang-undang yang mengatur, dan tidak ada pula kesepakatan untuk memilih *mazhab* mana yang akan diperlakukan di pengadilan, maka jalan yang karus ditempuh adalah memakai *mazhab* atau pendapat yang sudah bisa dipakai dalam masyarakat itu. Suatu yang sudah berlaku berulang kali dalam masyarakat sehingga sudah menjadi kebiasaan mereka dalam memilih *mazhab* itu atau pendapat tertentu itu, dianggap sudah disepakati dalam masyarakat itu. Dalam kajian *ushul fikih* ditegaskan bahwa suatu yang telah menjadi kesepakatan menurut adat kebiasaan sama dengan ketetapan secara tertulis. Dalam masalah seperti ini, peranan yurisprudensi sangat penting bagi praktek penegakan hukum di pengadilan, kecuali jika dalilnya ternyata tidak jelas atau mengandung kelemahan.

Keempat, Hakim baru dibolehkan keluar dari ketentuan-ketentuan tersebut, disamping jika ternyata ketentuan-ketentuan itu bertentangan dengan al-Qur'an dan as-Sunnah, juga jika pada kasus tertentu dalam pandangan hakim bilamana pertimbangan hukum yang biasa dipakai secara umum diterapkan dalam kasus seperti itu, akan bertentangan dengan kemaslahatan atau akan bertentangan dengan tujuan syari'at (*maqashid al-syari'ah*). Dalam kondisi seperti ini, boleh memilih putusan lain seperti yang terdapat dalam prinsip *istihsan* dalam *mazhab Hanafi*. *Istihsan* adalah hukum pengecualian dari ketentuan-ketentuan yang berlaku umum untuk diterapkan pada kasus-kasus yang sedang berada dalam kondisi tertentu sehingga menghendaki pertimbangan lain yang sejalan dengan tujuan syari'at (*maqashid al-syari'ah*). Namun bilamana jalan ini yang dipilih, maka hakim hendaklah menjelaskan secara gamblang mengapa ia meninggalkan hukum yang biasa dipakai dalam kasus yang

serupa dan menerapkan putusan lain yang tidak biasa dikenal dalam masyarakat itu.

Dalam kasus posisi ini, seperti yang telah dijelaskan di atas baik Pengadilan Tinggi Agama Mataram maupun Mahkamah Agung, masing –masing tidak mengemukakan alasan mengapa mengambil yang satu dan mengesampingkan yang lain, tanpa menyebut alasan tambahan kecuali dengan hanya menyebutkan bahwa putusan ini sejalan dengan pendapat Ibnu Abbas seperti yang dikemukakan Mahkamah Agung.

Syari'at Islam mengatur masalah-masalah kehidupan sosial yang sangat global dan tidak rinci, membawa ajaran-ajaran berupa pesan-pesan moral, prinsip-prinsip umum dan ajaran-ajaran pokok yang bersifat universal. Ajaran-ajaran inilah yang bersifat abadi, tidak akan berubah dan tidak boleh diubah, seperti menegakkan keadilan, kecuali bidang *ibadah mahdlah* yang bersifat rinci aturannya. Andaikata syari'at Islam dalam bidang sosial aturan ajarannya bersifat rinci yang harus mengikat setiap waktu dan tempat akan mengekang gerak langkah dan akan berbenturan dengan dinamika masyarakat. Hal seperti ini bertentangan dengan keuniversalan al-Qur'an.

Hukum-hukum yang bersifat *teknis* itu bersifat *temporer* karena pembentukannya berdasarkan pertimbangan *adat-istiadat* atau budaya Arab waktu ayat diturunkan. Kalau dikaitkan dengan penerapan pada ketentuan-ketentuan kadar pembagian harta warisan dalam al-Qur'an, maka ketentuan anak pria (umpamanya) berhak mendapatkan dua kali pembagian anak wanita hanya *relevan* dengan masyarakat yang kulturnya dengan kultur masyarakat masa ayat diturunkan.[49] Sesuai pola pikir aliran

[49] Hasil Wawancara dengan Rozikhan, Ulama' Muhammadiyah, Wakil Ketua P. W Jawa Tengah, pada tanggal 2 Januari 2010.

ini,[50] ketentuan ayat seperti itu dapat ditelusuri mengapa ketentuan itu dibentuk seperti demikian? Dalam masyarakat waktu al-Qur'an diturunkan, demikian menurut aliran ini, tanggung jawab memberi nafkah dipikul oleh pihak laki-laki, baik terhadap saudara perempuannya yang pada suatu saat membutuhkannya, maupun terhadap anak istrinya. Oleh karena itu wajarlah bila pembagian anak laki-laki lebih banyak dari pembagian anak perempuan dari harta peninggalan orang tua mereka.

Ketentuan seperti itu sudah tidak lagi cocok untuk diterapkan terhadap masyarakat dimana soal tanggung jawab memberi nafkah tidak lagi atau bukan hanya dipikul oleh pihak laki-laki. Dalam hal ini, akal sehat hendaklah mempertimbangkan bagaimana merumuskan hukum ketentuan baru yang sesuai dengan kultur masyarakatnya. Dalam merumuskan hukum ketentuan baru itu, menurut pola pikir ini, yang harus dipedomani adalah *"ruh syari'at"* atau *"pesan moral"* seperti nilai keadilan, meskipun akan berakibat terabaikannya ketentuan-ketentuan dalam bunyi teks ayat-ayat al-Qur'an.

Jika ketentuan dalam ayat-ayat itu memang perlu dianggap sebagai hukum-hukum yang dapat ditelusuri alasan atau *"illat"* pembentukan hukumnya seperti dikemukakan oleh aliran di atas, maka perlu disadari bahwa apa yang dianggap sebagai *illat* hukum itu yaitu tanggung jawab laki-laki untuk menjamin nafkah saudara-saudara perempuannya yang sedang dalam

---

[50] Sesuai Aliran Qasim Amin, Ahli Hukum Tamatan Perancis dari Mesir yang Hidup sampai Abad 20 (1863-1908) Gerakannya Berupa: "untuk Menyesuaikan Pemahaman-pemahaman Keagamaan Islam dengan Perkembangan Baru di Abad Modern," dalam Satria Efendi M. Zein, ***"Munawir Sjadzali dan Reaktualisasi Hukum Islam di Indonesia,"***ed. Muhammad wahyuni Nafis dalam Kontekstualisasi Ajaran Islam, 70 Tahun Manawir Sjadzali, Cet. 1 (Jakarta: PT. Temprint, 1995, hal. 294-295

kesulitan dan nafkah anak dan istrinya, adalah juga ajaran Allah yang harus ditaati dan dilestarikan.

Adanya kenyataan kerjasama dalam mencari nafkah antara suami istri atau adanya saudara perempuan yang tidak memerlukan bantuan saudara laki-lakinya tidak berarti telah mengubah posisi laki-laki sebagai kepala keluarga yang bertanggungjawab. Oleh sebab itu, jika hendak menghindarkan kesenjangan yang dikuatirkan itu, maka jalan keluarnya bukan dengan mengabaikan ketentuan-ketentuan teks al-Qur'an, tetapi dengan cara memberlakukan hukum kewarisan itu oleh penguasa dalam suatu masyarakat hendaknya secara serentak dengan memperlakukan *hukum nafaqat* (hukum yang mengatur *hal-ihwal nafkah*). Bilamana dua bagian itu serentak diperlakukan, bila ada yang mengabaikan kewajibannya, maka bihak yang merasa dirugikan bisa menuntut haknya di pengadilan. Pihak yang mengabaikan kewajibannya patut mendapat hukuman. Adanya suatu hukuman berarti adanya suatu pelanggaran dan adanya pelanggaran hendaknya diluruskan.

Dari posisi kasus di atas tidak dapat dilepaskan dari ketentuan hukum waris dan pelaksanaannya. *QS. An-Nisa'* (4): ayat 11, ayat ini membatalkan kebiasaan di masa awal Islam di mana dengan perjanjian orang dapat saling mewarisi. Menurut riwayat *sebab nuzul*-nya, ayat ini juga membatalkan kebiasaan orang Arab yang tidak memberikan bagian kepada ahli waris wanita seperti istri dan dan anak wanita, bahkan juga kepada anak laki-laki jika masih kecil.

Dari ayat tersebut, dahulu pada masa sebelum Islam wanita sama sekali tidak mendapat bagian warisan. Setelah Islam datang, wanita diberi bagian warisan meskipun hanya setengah dari bagian laki-laki. Ini berarti secara sadar Islam hendak meningkatkan hak dan derajat wanita. Karena itu dapat dipahami bahwa jiwa dari ayat waris tersebut adalah bahwa pada

dasarnya usaha meningkatkan hak dan derajat wanita harus terus dilakukan dan tidak boleh berhenti. Kemudian oleh karena kehidupan modern sekarang ini telah memberikan kewajiban yang lebih besar kepada wanita dibanding pada masa lalu sehingga wanita kini juga dapat memberikan peran yang sama dengan laki-laki dalam masyarakat, maka logis saja kalau hak-haknya dalam warisan juga ditingkatkan agar sama dengan laki-laki.

Struktur sosial dapat mempengaruhi dalam hukum waris Islam. Dalam masyarakat Arab yang menganut sistem kekerabatan yang *patrilinial*, maka aturan memberikan bagian lebih kepada laki-laki memang sesuai dan berfungsi positif dalam melestarikan sistem kekerabatan itu. Tetapi masyarakat Islam di dunia ini tidak selamanya harus berstruktur kekerabatan *patrilinial.*

Dalam masyarakat modern yang cenderung memberikan kesempatan seimbang kepada laki-laki dan wanita (*struktur masyarakat bilateral*), maka wajar kalau aspirasinya mengenai hak dan kewajiban juga seimbang, dalam hal ini termasuk hak dalam warisan. Dengan demikian timbul suatu pertanyaan, apakah hukum waris Islam itu dapat berubah karena perubahan struktur sosial. Ternyata memang demikian, bahwa hukum waris Islam itu, sekurang-kurangnya dalam pelaksanaannya bukan hanya dapat berubah karena struktur sosial, tetapi sebab yang lebih kecil yaitu: "*struktur Keluarga*".

Secara umum keluarga dalam masyarakat modern Indonesia mcenderung menempatkan model "*keluarga inti*", yaitu: "bapak, ibu dan anak" tanpa sanak saudara. Ini "menjadi bentuk susunan keluarga yang standar dan diterima secara sosial". Dengan perkataan lain, keluarga inti merupakan model yang modern dalam masyarakat industri.

Masyarakat modern Indonesia terutama di kota-kota telah pula mengenal bahkan pula menerapkan model keluarga inti demikianpun di pedesaan. Keadaan seperti ini terjadi di manapun, di negara-negara yang sedang membangun termasuk Indonesia yang kini berada dalam periode peralihan dari masyarakat agraris ke masyarakat industri.

Mengingat dalam kasus posisi di atas, selagi ada anak maka mendinding (*memahjub*) saudara kandung Pewaris. Dengan melihat struktur keluarga inti di atas, saudara kandung Pewaris tidak memiliki tanggungjawab apapun terhadap keponakannya, sebab ia mempunyai tanggungjawab sendiri terhadap keluarga intinya masing-masing.

Jadi walaupun dalam al-qur'an dinyatakan secara *sharih*, seperti: *"wa in kanat wahidatan falaha an-nishfu"* rupanya yang penting dalam hal ini ditegakkannya keadilan dan bukan pernyataan *sharih* al-Qur'an. Pelajaran yang dapat diambil dari kasus seperti ini ialah bahwa struktur keluarga ikut mempengaruhi pembentukan ketentuan *sharih* al-Qur'an, sedangkan kenyataan struktur keluarga itu sendiri sepenuhnya berada di tangan Tuhan. Jadi ternyata aturan hukum yang sudah *sharih* dalam al-Qur'an mengenai waris itu terkadang tidak sepenuhnya dapat diterapkan dan kemudian harus *dimodifikasi* dengan *ijtihad*, karena adanya hukum lain yang juga datang dari Allah, yaitu kenyataan struktur keluarga.

Dari hal itu, hukum waris Islam dalam Kompilasi Hukum Islam tetap dilakukan ijtihad berupa menafsirkan hukum waris Islam dengan mengakomodasi hukum Adat seperti cucu dapat menggantikan kedudukan ayahnya dalam mewarisi kakeknya atau neneknya dengan cara memperoleh *wasiyat wajibah*, dalam kitab-kitab fikih klasik ketentuan demikian tidak ada, karena warisan itu pada dasarnya hanya untuk ahli waris yang masih hidup. Demikianpun Kompilasi hukum Islam memberi hak

waris kepada anak angkat atau orang tua angkat, sedangkan al-Qur'an jelas-jelas tidak mengakui keberadaan anak angkat atau orang tua angkat karenanya tidak mempunyai akibat hukum. Akan tetapi anak angkat atau orang tua angkat mendapat warisan karena melalui konsep *wasiat wajibah.*

Kasus Posisi B :[51]

"Harta warisan pewaris Islam, adapun anak-anak pewaris terdiri beragama Islam dan non Islam". Putusan Mahkamah Agung menyatakan: "Anak kandung (perempuan) yang beragama non Islam (Nasrani) status hukumnya bukan ahli waris, namun ia berhak mendapat bagian dari harta warisan kedua orang tuanya almarhum berdasarkan *"wasiat wajibah"* yang bagiannya sama dengan bagian anak (perempuan) ahli waris almarhum ayah dan ibunya.

Putusan Mahkamah Agung di atas seolah-olah berbeda norma hukum yang terdapat dalam al-Qur'an, Sunnah Nabi maupun dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI). Kesepakatan mayoritas ulama, mengatakan bahwa berlainan agama yang menjadi penghalang mewarisi adalah apabila antara ahli waris dan *al-muwaris*, salah satunya beragama Islam yang lain bukan Islam. Dasar hukumnya adalah *QS. An-Nisa'* (4): ayat 141 dinyatakan: " *Dan Allah sekali-kali tidak akan memberikan sesuatu*

[51] ***Putusan Pengadilan Agama Jakarta Pusat***: No. 377/Pdt.G/1993/PA-JK, tanggal 4 Nopember 1993 M, bertepatan dengan tanggal 19 jumadil Awal 1414 H. Jo. ***Putusan Pengadilan Tinggi Agama Jakarta:*** No. 14/Pdt. G/1994/PTA-JK, tanggal 25 Oktober 1994 M, bertepatan dengan tanggal 20 Jumadil Awal 1415 H. Jo. ***Putusan Mahkamah Agung RI:*** No. 368.K/AG/1995, tanggal 16 Juni 1998.

jalan bagi orang-orang kafir (untuk menguasai orang-orang mukmin)". Demikianpun dalam *QS. Al-maidah* (5): ayat 48 dinyatakan: *"Bagi tiap-tiap umat di antara kamu, Kami jadikan peraturan dan tatacara (sendiri-sendiri)*". Demikian Imam Malik dan Ahmad mengemukakan pendapat bahwa perbedaan agama yang sama-sama bukan Islam tetap menjadi penggalang mewarisi.[52] Dasar hukum lainnya, dinyatakan dalam Sunnah Nabi yang *mutafaq 'alaih* diriwayatkan oleh Imam Bakhari dan Muslim dinyatakan: *"Orang Islam tidak mewarisi harta orang kafir, dan orang kafir tidak mewarisi harta orang Islam (muttafaq 'alaih)"*. Dasar hukum dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) bahwa perbedaan agama merupakan salah satu dari penghalang seseorang untuk menjadi ahli waris, dinyatakan dalam Pasal 171 huruf (c): " Ahli waris adalah orang pada saat meninggal dunia mempunyai hubungan darah, atau hubungan perkawinan dengan Pewaris, beragama Islam dan tidak terhalang oleh hukum untuk menjadi ahli waris".

Dengan demikian dalam hubungan waris Islam, perbedaan agama merupakan salah satu dari penghalang seseorang untuk menjadi ahli waris. Dengan demikian non muslim tidak akan mendapat warisan sebagai ahli waris dari keluarganya yang beragama Islam. Dalam kehidupan yang serba majemuk tidak tertutup kemungkinan dalam suatu keluarga terdiri dari anggota keluarga yang berbeda agamanya. Untuk memenuhi rasa keadilan sebagai salah satu prinsip hukum kewarisan Islam maka non muslim sebenarnya berhak mendapatkan bagian dari harta peninggalan dengan menggunakan *konstruksi wasiat*, atau *"wasiyat wajibah"* apabila yang meninggal tidak membuat wasiyat untuk mereka. *Konstruksi wasiat* ini merupakan cara alternatif yang bertujuan melengkapi cara penyelesaian waris bagi mereka yang tidak memperoleh bagian waris, tetapi mereka mempunyai

[52] Ahmad Rofiq, ***Fiqh Mawaris***, Cet. Keempat (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2002), hal. 38.

hubungan kekerabatan dekat dengan Pewaris. *Illat* hukum pemberian wasiat ini adalah adanya faktor keadaan penerima wasiat, seperti untuk memperbaiki sistem atau keadaan ekonomi atas dasar kekerabatan, adanya faktor yuridis yang menghalanginya, tetapi di sisi lain dapat diupayakan, dan adanya faktor keadilan.

Adapun kasus posisinya sebagai berikut: Bahwa suatu keluarga muslim, terdiri dari suami-istri (ayah-ibu) dan 6 (enam) anak-anaknya yang terdiri dari 5 anak beragama Islam dan satu anak yang ke 4 (empat) beragana non Islam (Nasrani). Dalam perkembangan selanjutnya, si samping ayah tersebut mempunyai 6 (enam) orang anak kandung tersebut di atas, ia juga memiliki sejumlah harta kekayaan bawaan serta harta bersama.

Setelah semua anak menjadi dewasa ternyata ada ada seorang anak kandungnya yang ke 4 (empat) meninggalkan agama Islam dan memeluk agama Nasrani. Sedangkan anak-anak lainnya tetap memeluk agama Islam seperti ayah ibunya. Beberapa bulan sebelum ayah meninggal dunia telah memanggil anaknya yang beragama non muslimah di atas untuk kembali lagi memeluk agama yang diikuti oleh keluarga, yaitu agama Islam dan ternyata anak yang ke 4 itu tetap pendiriannya memeluk agama Nasrani. Himbauan dan ajakan orang tuanya tersebut tidak dihiraukan, dan tidak lama kemudian ayah meninggal dunia dan setahun kemudian ibu meninggal dunia juga.

Kedua orang tua memeluk agama Islam dengan meninggalkan harta warisan serta 6 (enam) anak kandung yang 5 (lima) anak beragama Islam dan seorang anak beragama Nasrani. Harta warisan tersebut belum pernah diadakan pembagian waris kepada para ahli warisnya. Salah seorang anak almarhum sebagai penggugat mengajukan gugatan ke Pengadilan Agama kepada saudara kandungnya dengan mendalilkan bahwa harta warisan almarhum ayah ibunya belum pernah diadakan pembagian waris.

Berdasarkan persetujuan bersama, kecuali anak yang ke 4 (non muslim) mereka menghendaki agar harta warisan tersebut dibagi menurut hukum Islam.

Penggugat berpendirian dalam gugatannya, bahwa salah seorang anak karena keluar dari agama Islam maka ia tidak berhak mewarisi harta warisan kedua orang tuanya yang memeluk agama Islam. Dalam persidangan di Pengadilan Agama antara Penggugat dengan Tergugat hadir dalam persidangan dan memberikan jawaban membenarkan dalil gugatan Penggugat. Sedangkan turut Tergugat II, yaitu anak yang non muslim tidak bersedia hadir di persidangan Pengadilan Agama dan memberikan surat jawaban yang pada intinya, bahwa Pasal 1, 2, 3 Undang-undang No. 7 tahun 1989, "Peradilan Agama" adalah forun peradilan bagi orang-orang yang beragama Islam. Karena ia mengakui beragama Kristen, berkeberatan diadili oleh Pengadilan Agama yang bukan merupakan forum peradilan bagi yang beragama Kristen, seharusnya ke Pengadilan Negeri. Di samping itu ia berpendapat bahwa, diajukannya gugatan warisan ke Pengadilan Agama oleh saudara-saudaranya yang beragama Islam dengan maksud untuk mengucilkan / melenyapkan hak warisnya selaku ahli waris almarhum ayah ibunya dan dalam masalah warisan ini terdapat sengketa sehingga pasal 50 Undang-undang No. 7 tahun 1989 dapat diterapkan dalam kasus sengketa ini, dan ia berpendirian pengadilan Umum yang berwenang mengadili perkara ini, bukan Pengadilan Agama.

Penggugat berpendirian bahwa barang warisan tersebut belum pernah dibagi waris dan masih berstatus harta peninggalan dari orang tua yang beragama Islam, dengan menyebutkan Pasal 171 ayat (c) Jo. Pasal 175 dan Pasal 188 Kompilasi Hukum Islam (KHI), turut tergugat II yang telah keluar dari agama Islam semasa ayah dan ibunya masih hidup adalah tidak berhak mendapatkan waris.

Majelis hakim pengadilan Agama yang mengadili perkara gugatan warisan ini dalam putusannya memeberikan pertimbangan hukum yang pada pokoknya sebagai berikut, bahwa turut tergugat II meski tidak hadir dalam persidangan, namun ia memberikan surat jawaban tertulis yang intinya dapat disimpulkan bahwa ia mengajukan eksepsi yang menyatakan keberatan atau menolak diadili oleh Pengadilan Agama atau dengan kata lain eksepsi ini bermaksud bahwa pengadilan Agama tidak berkuasa mengadili perkara ini. Menurut majelis hakim Pengadilan Agama, sesuai dengan Pasal 1, 2 Jo. 49 Undang-undang No. 7 Tahun 1989, khususnya masalah kewarisan, maka personalitas keislaman ditentukan oleh agama yang dipeluk oleh Pewaris. Dalam perkara ini, ayah ibu almarhum adalah sebagai Pewaris yang beragama Islam. Dengan demikian yang akan diterapkan dalam perkara ini adalah hukum Islam. Karena itu sudah tepat, bila perkara ini diselesaikan oleh Pengadilan Agama jakarta Pusat, maka eksepsi turut tergugat II ditolak.

Dalam pokok perkara dipertimbangkan sebagai berikut, bahwa menurut Pasal 171 Kompilasi Hukum Islam (KHI), Majelis Pengadilan Agama berpendapat bahhwa turut Tergugat II yang beragama Kristen, menurut hukum Islam bukanlah ahli waris dari ayah ibunya almarhum yang beragama Islam. Bahwa menurut Pasal 176 dan 180 Kompilasi Hukum Islam (KHI) ahli waris ayah ibu almarhum adalah anak kandung yang beragama Islam, dengan besarnya bagian masing-masing memperhatikan firman Allah dalam al-Qur'an Surat an-Nisa' (59):11 yang artinya: *"Allah mensyari'atkan bagimu tentang (pembagian warisan) anak-anakmu yaitu bagian seorang anak laki-laki sama dengan bagian dua anak perempuan...* ", dan memperhatikan pula ayat 12 dalam surat yang sama, yaitu: *"Jika kamu mempunyai anak, maka para istri memperoleh 1/8 (seperdelapan) dari harta yang kamu tinggalkan, sesudah dipenuhi wasiat yang kamu buat dan atau sesudah dibayar utang-*

utangmu".

Pengadilan Tinggi Agama berbeda dalam melihat kasus di atas yang telah di putus oleh Pengadilan Agama. Oleh karena turut Tergugat II yang beragama Nasrani menolak putusan Pengadilan Agama tersebut di atas yang menyatakan anak yang beragama non Islam bukan ahli waris orang tua kandungnya yang beragama Islam dan tidak berhak memperoleh bagian.

Selanjutnya turut Tergugat II yang beragama Nasrani banding ke Pengadilan Tinggi Agama. Majelis Hakim Banding dalam putusannya memberikan pertimbangan sebagai berikut, bahwa sepanjang mengenai penolakan eksepsi turut Tergugat II, sepanjang obyek harta yang dipersengketakan, sepanjang ahli waris yang dianggap sah, pertimbangan Pengadilan Agama telah benar dan tepat, sehingga diambil alih oleh Pengadilan Tinggi Agama dan dianggap seperti pertimbangan Pengadilan Tinggi Agama sendiri. Akan tetapi, pertimbangan Pengadilan Agama mengenai siapa yang bisa memperoleh bagian harta peninggalan dari Pewaris, maka Pengadilan Tinggi Agama tidak sependapat sehingga Pengadilan Tinggi Agama perlu memberi pertimbangan sendiri, di mana turut Tergugat II (anak non muslim) juga bisa memperoleh bagian dari harta waris yang ditinggalkan oleh Pewaris. Dengan demikian putusan Pengadilan Agama yang menyatakan bahwa yang mendapatkan bagian dari harta peninggalan Pewaris adalah hanya anak yang beragama Islam saja tidak bisa dipertahankan.

Adapun anak yang non muslim mendapat bagian sebesar ¾ (tiga perempat) bagian dari bagian anak perempuan berdasarkan *"wasiat wajibah"*. Akhirnya Majelis Pengadilan tinggi Agama Jakarta yang amarnya pada pokoknya sebagai berikut: Mengadili, membatalkan putusan Pengadilan Agama jakarta, dan mengadili sendiri, dalam eksepsi menolak eksepsi turut Tergugat II (anak yang non muslim) dan dalam pokok perkara mengabulkan

gugatan sebagian, mengabulkan ahli waris sah dari almarhum adalah anak-anaknya yang beragama Islam. Sedang anak yang non muslim berhak mendapatkan bagian harta peninggalan almarhum, berdasarkan *"wasiat wajibah"* sebesar ¾ (tiga perempat) bagian seorang anak perempuan ahli waris almarhum.

Adapun Mahkamah Agung RI melihat kasus di atas berbeda sudut pandangnya dibanding putusan Pengadilan Agama dan Pengadilan Tinggi Agama. Penggugat dan Tergugat menolak putusan Pengadilan Tinggi Agama di atas dan mengajukan pemeriksaan kasasi dengan mengemukakan beberapa keberatan dalam memori kasasinya. Semua keberatan kasasi yang diajukannya oleh Pemohon Kasasi dinyatakan tidak dapat dibenarkan oleh Majelis Mahkamah Agung karena keberatan tersebut mengenai penilaian hasil pembuktian yang bersifat penghargaan tentang suatu kenyataan, yang tidak dapat dipertimbangkan dalam pemeriksaan kasasi.

Namun demikian, menurut majelis Mahkamah Agung, amar putusan Pengadilan Tinggi Agama harus diperbaiki, karena bagian *"wasiat wajibah"* untuk Tergugat II (anak non muslim) seharusnya adalah sama dengan bagian warisan anak perempuan.

Dari putusan Mahkamah Agung tersebut dapat disimpulkan, bahwa suatu keluarga muslim (suami-istri) dalam perkawinannya telah melahirkan 6 orang anak kandung, lelaki dan perempuan. Lima orang anak tetap muslim dan seorang anak perempuan keluar dari agama Islam dan memeluk agama Nasrani. Kedua orang tuanya berurutan wafat, dengan meninggalkan harta warisan, yang kemudian melalui suatu putusan Peradilan Agama, harta peninggalan tersebut dibagi menurut hukum waris Islam. Lima orang anak yang muslim, ditetapkan sebagai ahli waris dari ayahnya maupun ibunya almarhum dan masing-masing anak memperoleh bagian dari harta warisan kedua orang tuanya tersebut. Bagian anak laki-laki

adalah dua bagian dari anak perempuan. Sedangkan anak kandung perempuan yang beragama non Islam (Nasrani) status hukumnya bukan ahli waris, namun ia berhak mendapat bagian dari harta warisan dari kedua orang tuanya almarhum berdasarkan *"wasiat wajibah"* yang bagiannya sama dengan bagian anak perempuan ahli waris ayah dan ibunya almarhum.

Dalam konsepsi hukum waris Islam perbedaan agama antara pewaris dengan ahli waris menjadi penghalang bagi seorang ahli waris mewarisi harta warisan dari pewaris. Demikian juga dalam Kompilasi Hukum Islam Pasal 173, berbeda agama termasuk penghalang menerima warisan, yaitu memahami pada ketentuan umum Pasal 171 huruf (c) yang dinyatakan: "ahli waris adalah orang yang pada saat meninggal dunia mempunyai hubungan darah atau hubungan perkawinan dengan Pewaris, beragama Islam dan tidak terhalang karena hukum untuk menjadi ahli waris".

Dasar alasan pengharaman kewarisan beda agama karena adanya *Hadits muttafaq alaih* yang dinyatakan: *"orang muslim tidak berhak waris orang kafir dan sebaliknya orang kafir tidak berhak waris atas hatya orang muslim"*. Di dalam al-Qur'an telah mendiskripsikan terhadap pengakuan kebebasan dan *pluralisme* agama. Al-Qur'an menekankan *freedom af relegion and belief. Toleransi* dan *respect* terhadap agama-agama lain menjadi penekanan ajaran al-Qur'an.

Al-Qur'an mengajarkan paham *kemajemukan keagamaan* (*religious plurality*). Ajaran tersebut tidak perlu diartikan secara langsung pengakuan akan kebenaran semua agama dalam bentuk yang nyata dalam kehidupan sehari-hari. Ajaran *kemajemukan keagamaan* itu menandaskan pengertian dasar bahwa semua agama diberi kebebasan untuk hidup, dengan risiko yang akan ditanggung oleh pengikut agama masing-masing. Adapun prinsip-prinsip yang ditawarkan al-Qur'an dalam hubungan

antara umat beragama yang mendasar paling tidak ada tiga prinsip pokok yang dijadikan acuan dalam membina hubungan antara muslim dengan non muslim, yaitu kemurnian tauhid, persamaan, keadilan dan perdamaian.

Setiap orang diberi hak bebas pilih untuk menganut agama tertentu atau menolak agama tertentu. Islam sama sekali tidak membenarkan pemaksaan seseorang untuk memeluk suatu agama. Meskipun al-Qur'an mengajarkan umut Islam untuk bersikap toleran terhadap umat lain, tetapi dalam kaitan dengan keimanan , al-Qur'an bersikap tegas kepada mereka. Sesuai dengan salah satu misinya tentang ajaran tauhid, maka al-Qur'an tidak ada kompromi dalam hal ini.

Salah satu kelanjutan logis dari prinsip dasar kemurnian tauhid adalah paham kesamaan dan persaudaraan di antara manusia. Yakni bahwa seluruh umat tanpa membedakan keturunan dan agama, dari hakekat dan martabat asasinya adalah sama. Manusia memilki kemuliaan yang dianugerahkan Tuhan terlepas dari latar belakang etnik, agama dan politik mereka, yaitu: kemuliaan individu, yang berarti Islam melindungi aspek-aspek kehidupan manusia baik aspek *spiritual* maupun aspek *materiil*. Kemuliaan kolektif, yang berarti Islam menjamin sepenuhnya persamaan antara individu, dan kemuliaan secara politis, yang berati Islam memberi hak politik pada individu untuk memilih atau dipilih pada posisi politik.

Kemurnian tauhid yang berdampak pada paham kesamaan dan persaudaraan di antara manusia, maka secara otomatis akan terefleksi pada kehidupan manusia menuju terwujudnya perdamaian abadi. Risalah Islam merupakan rahmat bagi seluruh umat manusia. Menurut al-Qur'an tidak ada kontradiksi antara *ukhuwah diniyyah* di kalangan orang-orang mukmin dengan *ukhuwah insaniyyah* secara umum, karena keduanya merupakan jalan searah tujuannya.

Persaudaraan seagama menuntut adanya saling keterkaitan, tolong menolong dan rela berkorban untuk membangun struktur masyarakat muslim dan mencegah adat-istiadat yang menyimpang dari eksistensi Islam, posisi dan kedudukannya. Adapun *ukhuwah insaniyyah* menuntut langkah dan tindakan sungguh-sungguh demi kepentingan *kemaslahatan* umat manusia, menyelamatkan dari keinginan yang menyimpang, dan perpaling dari tindakan sia-sia serta melumpuhkan hawa nafsu juga mengatur persahabatan manusia serta menanamkan rasa cinta kasih dan kebajikan kepada sesama.

Oleh karena itu al-Qur'an menandaskan keberagamaan manusia terjadi karena memang kehendak Allah agar satu dengan yang lain saling berlomba dalam kebajikan. Allah berfirman: " *Wahai manusia, sesungguhnya kami menciptakan kamu dari seorang laki-laki dan seorang perempuan, dan menjadikan kamu berbangsa-bangsa dan bersuku-suku supaya kamu saling mengenal*".

Dari argumentasi di atas, melihat pada prinsip-prinsip hubungan muslim dengan non muslim, apabila dalam satu keluarga dekat, maka kehidupan saling tolong menolong dan saling membantu sudah pasti merupakan kebutuhan. Saling mewarisi antara Pemaris dengan ahli waris (muslim dengan non muslim) merupakan alat penghubung untuk mempertemukan ahli waris dengan orang yang mewariskan disebabkan adanya kekuasaan perwalian dan adanya jalinan tolong menolong serta saling membantu.

Dengan melihat *QS. An-Nisa'* (59): ayat 135, yang artinya: " *Wahai orang –orang yang beriman, jadilah kamu orang yang benar-benar penegak keadilan, menjadi saksi karena Allah biarpun terhadap dirimu sendiri atau ibu bapak dan kaum kerabatmu. Jika ia (orang yang Tergugat atau Terdakwa) kaya atau miskin, maka Allah lebih tahu kemasahatannya. Maka janganlah kamu mengikuti hawa nafsu, karena ingin menyimpang dari kebenaran. Dan jika kamu memutar balikkan*

(kata-kata) atau enggan menjadi saksi, maka sesungguhnya Allah adalah Maha Mengetahui segala apa yang kamu kerjakan". Demikianpun dalam *QS. An-Naml* (16): ayat 90, yang artinya: *"Sesungguhnya Allah menyuruh (kamu) berbuat adil dan berbuat kebajikan, memberi kepada kaum kerabat, dan Allah melarang dari berbuat keji, kemungkaran dan permusuhan. Dia memberi pengajaran kepadamu agar kamu dapat mengambil pelajaran"*. Serta QS. Al-Maidah (5): ayat 8, yang artinya: *" Hai orang-orang yang beriman, hendaklah kamu jadi orang-orang yang selalu menegakkan (kebenaran) karena Allah, menjadi saksi dengan adil. Dan janganlah kamu sekali-kali kebencianmu kepada suatu kaum, mendorong kamu untuk berlaku tidak adil. Berlaku adillah karena adil itu lebih dekat kepada taqwa. Dan bertaqwalah kepada Allah, sesungguhnya Allah Maha Mengetahui apa yang kamu kerjakan"*. Dari al-Qur'an, ayat-ayat tersebut di atas setiap mukmin diharuskan untuk menebarkan sikap damai dan berlaku adil terhadap sesama muslim maupun non muslim. Kewajiban ini berlaku terus sepanjang mereka tidak mengganggu dan memusuhi umat Islam, bahkan berbuat yang demikian itu terhadap golongan yang dibenci sekalipun.

Demikianpun dinyatakan dalam *QS. Al-Mumtahanah* (60): ayat 8, yang artinya: *"Allah tiada melarang kamu untuk berbuat baik dan berlaku adil terhadap orang-orang yang tiada memerangimu karena agama dan (tidak) pula mengusir kamu dari negerimu, dan berlaku adil terhadap mereka. Sesungguhnya Allah menyukai orang-orang yang berlaku adil"*. Al-Qurtubi menafsirkan,[53] kata *"wa tuqsitu ilaihim"* (dan berlaku adil terhadap mereka), mengemukakan bahwa ayat tersebut juga dapat ditafsirkan sebagai memberi belanja (infaq) terhadap orang non muslim yang wajib diberi nafkah oleh keluarga yang muslim. Menurutnya, perbedaan agama tidak menjadi penghalang hak mereka untuk mendapatkan nafkah

---

[53] Suwardi, *Aktualisasi Hukum Islam dan Pluralisme Agama,* Tesis, (Semarang: Magister Ilmu Hukum Unissula, 2006), hal. 107.

tersebut.

Dari pemahaman terhadap tafsir di atas, maka anggota keluarga non muslim sangat mungkin untuk mendapat bagian harta peninggalan, meskipun bukan dengan *konstruksi waris*, karena mereka bukan merupakan ahli waris. Lembaga yang memungkinkan adalah dengan jalan *"wasiat"* atau *"wasiat wajibah"* apabila Pewaris tidak meninggalkan wasiat untuknya.

Di samping alasan dalil di atas, juga dapat didasarkan pada *QS. Al-aqarah* (2): ayat 180, yang artinya: *"Diwajibkan atas kamu, apabila seorang di antara kamu kedatangan (tanda-tanda) maut, jika ia meninggalkan harta yang banyak, berwasiat untuk ibu bapak dan karib kerabatnya secara ma'ruf, (ini adalah) kewajiban atas orang-orang yang taqwa"*. Dalam menafsirkan ayat ini menekankan pada empat hal, yaitu (1) kewajiban berwasiat, (2) jumlah harta yang dimiliki yang mewajibkan wasiat tersebut, (3) keluarga yang berhak menerima wasiat, dan (4) waktu berwasiat.

Secara hukum wasiat di atas, ditujukan kepada ibu bapak dan karib kerabat secara umum yang berlaku setelah orang yang berwasiat meninggal dunia. Menurut *al-Qurtubi*, secara khusus ayat ini mewajibkan untuk berwasiat bagi orang tua dan kerabat yang bukan ahli waris, seperti apabila mereka non muslim (*kafir*).[54]

Apabila dibaca dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) bahwa *"wasiat wajibah"* itu hanya terkait dengan anak angkat dan bapak angkat, dan tidak menyinggung terhadap suami istri, anak atau siapapun kerabat dekat yang terhalang sebagai ahli waris karena perbedaan agama. Sehingga sangat memungkinkan bagi seseorang untuk tidak memikirkan kerabatnya yang lain agama. Dan menurut hukum Islam, pelaksanaan wasiat harus didahulukan dari pelaksanaan kewarisan dengan memperhatikan

[54] ***Ibid.,*** hal. 108.

batasan-batasannya. Pada dasarnya membuat wasiat itu merupakan perbuatan *ikhtiyariyah*, yakni seorang bebas berbuat atau tidak berbuat wasiat. Akan tetapi sebagian ulama perpendapat, bahwa kebebasan itu hanya akan berlaku bagi orang-orang yang bukan kerabat dekat. Adapun mereka yang merupakan kerabat dekat dan tidak mendapatkan warisan, maka seseorang wajib membuat wasiat.

Dengan memperhatikan kondisi hubungan antar umat beragama, dan semakin besarnya kesadaran hak asasi manusia, maka *konstruksi wasiat* merupakan cara penyelesaian alternatif yang bertujuan melengkapi cara penyelesaian waris bagi mereka yang tidak memperoleh bagian waris padahal mempunyai hubungan kekerabatan dan kekeluargaan dekat dengan yang meninggal. Yakni untuk berbuat kebajikan dengan bersedekah dan menjadikan harta itu beredar pada lingkungan yang lebih luas. Sehingga nuansa keadilan hukum Islam dapat dirasakan oleh mereka non muslim, meskipun tidak berkedudukan sebagai ahli waris, tetapi mereka tetap mendapat bagian harta peninggalan dari keluarga yang meninggal.

Wasiat merupakan peristiwa hukum dalam bentuk perikatan sepihak, maka niat dan hasrat yang tulus menjadi esensi pelaksanaan wasiat sesuai dengan tujuan hukum Islam yakni dengan memperhatikan segi *kemaslahatan* dan *kemanfaatan* bagi penerima wasiat, sehingga benar-benar mempunyai nilai ibadah baginya. *Illat* hukum pelaksanaan wasiat adalah adanya faktor keadaan penerima, seperti untuk memperbaiki sistem ekonomi atas dasar kekerabatan, adanya faktor yuridis yang menghalanginya, tetapi di sisi lain dapat diupayakan dan adanya faktor keadilan. Oleh karena itu merupakan tindakan yang *makruf* apabila pelaksanaan wasiat kepada karib kerabat yang membutuhkan dan berorientasi kepada nilai-nilai kemanusiaan, *kemanfaatan* dan *kemaslahatan* sangat perlu direalisasikan dalam

kehidupan masyarakat yang *pluralis* beragamanya.

Pengembangan hukum Islam tidak dapat dilepaskan dari faktor lingkungan di mana hukum Islam itu beroperasional, dengan melihat faktor sosial dan budaya, sera alasan (*illat*) yang mempengaruhi terbentuknya hukum Islam itu. Dalam hal ini Kompilasi Hukum Islam (dalam bidang hukum kewarisan) tetap harus dikembangkan dengan *"tahrij al-ahkam 'ala nash al-qanun"* (pengembangan teks undang-undang) dengan memperhatikan keadaan sosial masyarakat dan dalam hal yang demikian sangat dimungkinkan dalam Islam yang bertujuan untuk *kemaslahatan* dan sekaligus meniadakan kesulitan bagi kehidupan manusia dan nilai-nilai kemanusiaannya.

METODE IJTIHAD HAKIM PERADILAN AGAMA TENTANG PENGEMBANGAN HUKUM KEWARISAN DALAM KOMPILASI HUKUM ISLAM

Hakim secara *etimologi* merupakan kata serapan dari bahasa Arab, yaitu *"hakama"* yang berarti orang yang memberi putusan atau diistilahkan juga dengan *qadli*, yaitu orang yang mengadili perkara di pengadilan. Sedangkan hakim Pengadilan Agama adalah pejabat yang melakukan tugas kekuasaan pengadilan. Adapun yang dimaksud Pengadilan Agama adalah salah satu kekuasaan kehakiman bagi rakyat pencari keadilan yang beragama Islam mengenai perkara teretentu. Secara ideal tugas hakim sebagai penegak hukum dan keadilan, tidak dapat dipisahkan dengan kekuasaan kehakiman, yaitu kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila, demi terselenggaranya negara hukum Republik Indonesia.

Dalam rangka penegakan hukum dan keadilan, maka tugas pokok hakim Peradilan Agama, yaitu berwenang memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara ditingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang perkawinan, waris, wasiat, hibah, wakaf, zakat, infaq, sadaqah dan ekonomi syari'ah.

Melihat landasar normatif tugas hakim di atas, maka tugas pokok hakim terletak pada kata kunci, yaitu menegakkan "hukum dan keadilan" sebagai tugas dan kewajibannya. Seorang hakim dalam membuat putusan harus tetap berpijak dan berada pada koridor hukum. Sedangkan keadilan, merupakan implikasi dari adanya penegakan hukum tersebut. Seorang hakim dalam melakukan tugasnya tidak boleh bersikap *diskriminatif*. Dengan adanya penegakan hukum tersebut berarti secara otomatis menegakkan keadilan, karena hakikat yang utama dari hukum adalah keadilan.

Dalam proses mengadili, melalui pemeriksaan dan memutus perkara, hakim wajib berpedoman pada hukum formil (*keadilan prosedural*) dan hukum materiil (*keadilan substansial*). Pengguasaan materi hukum oleh hakim mutlak diperlukan sebagai alat yang berorientasi pada pertimbangan *legal justice*, *moral justice* dan *social justice*, di samping harus sinkron dengaN tingkah laku yang jujur, adil dan bermoralitas.

Mengadili menurut hukum, artinya merupakan suatu asas untuk mewujudkan negara berdasarkan atas hukum. Setiap putusan hakim harus mempunyai sadar hukum baik yang *prosedural* maupun *substantif*, dan di sini hukum harus diartikan secara luas, baik dalam pengertian tertulis maupun tidak tertulis. Hukum yang hidup dalam masyarakat dapat dijadikan pertimbangan dalam putusan hakim, walaupun begitu hakim wajib mengutamakan penerapan hukum tertulis, kecuali kalau akan menimbulkan ketidakadilan, bertentangan dengan kesusilaan dan atau ketertiban umum.[55] Memang pada umumnya orang menganggap bahwa undang-undang pada umumnya dianggap lengkap untuk melayani segala macam permasalahan hukum baik menurut bunyi kata-kata maupun secara penafsiran

[55] Hasil wawancara dengan Bagir Manan, Mantan Ketua Mahkamah Agung RI di Universitas Islam Sultan Agung (Unissula) Semarang, pada tanggal 10 Januari 2010.

hakim harus memutus menurut undang-undang, namun apabila ternyata dalam undang-undang tidak dapat ditemukan hukumnya, maka hakim berkewajiban mengambil putusan dengan jalan menciptakan hukum sebagai pembentuk undang-undang.

Dari dua kasus posisi di atas, yang isi putusan Mahkamah Agung RI dalam kasus pertama, yaitu Pewaris hanya meninggalkan satu anak perempuan (ahli waris), yang *menghijab* saudara kandung laki-laki Pewaris, dan ia (anak perempuan Pewaris tersebut) mendapatkan seluruh harta warisan dari ayahnya (Pewaris). Kasus kedua, yaitu harta warisan Pewaris Islam, adapun anak anak Pewaris terdiri beragama Islam dan non Islam. Putusan Mahkamah Agung menyatakan: "anak kandung perempuan) yang beragama non Islam (Nasrani) status hukumnya bukan ahli waris, namun ia berhak mendapat bagian dari harta warisan kedua kedua orang tuanya almarhum berdasarkan *"wasiyat wajibah"* yang bagiannya sama dengan bagian anak (perempuan) ahli waris almarhum ayah dan ibunya.

Putusan Mahkamah Agung di atas, dalam kasus pertama seolah-olah bertentangan dengan Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang dinyatakan, bahwa "anak perempuan bila hanya seorang ia mendapat separoh bagian .... " (Pasal 176). Pada kasus kedua bertentangan juga dengan Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang dinyatakan, bahwa "ahli waris adalah orang pada saat meninggal dunia mempunyai hubungan darah atau hubungan perkawinan dengan Pewaris, beragama Islam ...." (Pasal 171 huruf (c).

Adapun pertimbangan hukum Mahkamah Agung pada Kasus pertama, yaitu: selama masih ada anak laki-laki maupun perempuan, maka hak waris dari orang-orang yang mempunyai hubungan darah dengan Pewaris kecuali orang tua, suami dan istri menjadi tertutup (*terhijab*). Bahwa pendapat ini sejalan

dengan pendapat Ibnu Abbas salah seorang ahli tafsir di kalangan sahabat Nabi dalam mentafsirkan kata-kata *"walad"* pada ayat 176 Surat an-Nisa', yang berpendapat pengertiannya mencakup baik anak laki-laki maupun anak perempuan. Dengan demikian maka seorang saudara laki-laki kandung Pewaris menjadi tertutup atau *terhijab* (terhalangi) oleh anak perempuan Pewaris untuk mendapat warisan.

Adapun pertimbangan Mahkamah Agung pada kasus kedua, yaitu: bahwa anak kandung perempuan yang beragama non Islam (Nasrani) status hukumnya bukan ahli waris dari Pewaris yang beragama Islam, namun ia berhak mendapatkan bagian dari harta warisan dari kedua orang tuanya almarhum berdasarkan *"wasiat wajibah"* yang bagiannya sama dengan bagian anak perempuan ahli waris almarhum ayah dan ibunya. Hal ini berbeda dengan putudan Pengadilan Tinggi Agama yang memutuskan bahwa, anak perempuan yang non muslim berhak mendapatkan harta warisan almarhum bapak dan ibunya berdasarkan *"wasiyat wajibah"* sebesar ¾ (tiga perempat) bagian seorang anak perempuan ahli waris almarhum ayah dan ibunya.

Melihat kasus posisi di atas terdapat perbedaan antara norma hukum yang terdapat dalam undang-undang dengan norma hukum yang terdapat dalam putusan antara Pengadilan Agama, Pengadilan Tinggi Agama dan Mahkamah Agung sebagai puncak pemberian putusan hukum dan keadilan mengenai sengketa hukum kewarisan Islam. Memang hal yang demikian itu dimungkinkan, karena diantara watak hukum Islam adalah *harakah* atau dinamis, dimana hukum Islam mempunyai kemampuan untuk bergerak dan berkembang, memiliki daya hidup dan dapat pula membentuk diri sesuai dengan perkembangan zaman.

Dalam dinamika perkembangan itu, hukum Islam mempunyai kaidah asasi, yang merupakan sumber hukum Islam

yang ketiga yaitu *al-ra'yu* (pemikiran) dengan metode ijtihad yang dapat menjawab segala tantangan zaman dan dapat memenuhi harapan dengan tetap memelihara *ruh Islam* dan hukum Islam yang tidak dapat dilepaskan dengan *"maqashid syari'ah"*, bahwa Islam dan hukum Islam itu pasti menciptakan *"jalbu al- mashalih wa dar'u al-mafasid"* (mendatangkan kebaikan dan menolah keburukan) dan ujung-ujungnya memberikan keadilan.

Tugas utama hakim Pengadilan Agama adalah menerima, memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan kepadanya. Pengadilan tidak boleh menolak suatu perkara dengan dalih tidak ada aturan hukum yang mengaturnya. Berdasarkan hal tersebut, maka mempunyai makna penting sekali peranan hakim Peradilan Agama. Dari hasil penelitian dan analisis dapat dikemukakan bahwa hakim mempunyai peranan penting untuk melakukan *ijtihad* dalam rangka mengembangkan *hukum mareriil* Peradilan Agama yang terdapat dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) khusus bab II tentang hukum Kewarisan, dengan cara menggali nilai-nilai hukum Islam yang hidup di masyarakat, sehingga putusan yang dijatuhkan bisa memenuhi rasa keadilan masyarakat.

Wujud pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) di antaranya berupa terobosan bahwa anak perempuan kandung Pewaris dapat *memahjub* saudara laki-laki kandung Pewaris, serta terobosan memberikan bagian warisan kepada anak non muslim yang selama ini belum pernah dilakukan atau dikenal dalam praktek di lingkungan Peradilan Agama karena seakan-akan bertentangan dengan al-Qur'an, as-Sunnah maupun Kompilasi Hukum Islam (KHI).

Metode *ijtihad* hakim Peradilan Agama dalam memutuskan kasus posisi di atas tidak dapat dilepaskan dengan *"maqashid al-syari'ah"* dengan metode *"istihsan"*. dan "maslahat". Disamping berkaitan dengan tugas hakim adalah memutus perkara yang

diajukan kepadanya, maka ia mengaplikasikan atau menerapkan hukum pada kasus-kasus tertentu, maka bentuk ijtihadnya adalah *"ijtihad tatbiqi"* di samping *"ijtihad istinbati"*.

Ijtihad mengandung arti mencurahkan kemampuan atau upaya sungguh-sungguh dalam memecahkan persoalan yang berat dan sulit baik secara *hissi* (pisik) atau secara *maknawi* (non pisik). Kalau ijtihad itu dikaitkan dengan persoalan hukum (Islam) maka didapatkan pengertian, yaitu: mencurahkan kemampuan untuk mendapatkan *hukum syara'* yang bersifat operesional, amali melalui *istinbat* (penggalian) hukum. Adapun berkaitan dengan kasus ini, bahwa hakim Peradilan Agama melakukan ijtihad dalam rangka memberi penjelasan dan penafsiran terhadap *nash* dan Kompilasi Hukum Islam (KH) dalam upaya mengembangkan *teks* (*tahrij al-ahkam 'ala nash al-qanun*) untuk mencapai *maqashid al-syari'ah* yaitu keadilan (*aspek filosofis*) dan kemanfaatan (*aspek sosiologis)*.

Maqashid al-syari'ah dapat diartikan tujuan hukum Islam. Tujuan hukum yang diturunkan Allah SWT, yaitu kemaslahatan umat manusia. Bagaimana kandungan huukum Allah itu dapat diekpresikan dengan aspirasi hukum manusia yang manusiawi. Bahwa kandungan *maqashid al-syari'ah* adalah kemaslahatan. Kemaslahatan itu melalui analisis *maqashid al-syari'ah* tidak hanya dilihat dalam arti teknis belaka, akan tetapi dalam upaya dinamika dan pengembangan hukum dilihat sebagai suatu yang mengandung nilai filosofis dari hukum-hukum yang disyari'atkan Allah terhadap manusia.[56]

Bertitik tolak dari obyek *ijtihad* yang dilakukan oleh hakim Peradilan Agama dalam memutus kasus di atas, terdapat dua corak penalaran dalam upaya penerapan *maqashid al-syariah*, yaitu corak penalaran *ta'lili* dalam bentuk *istihsan* dan corak penalaran

[56] Asfari Jaya Bakti, ***op. cit.***, hal. 96.

ta'lili dalam bentuk *istislahi*. Corak penalaran *ta'lili* merupakan upaya penggalian hukum yang bertumpu pada penentuan *'illah-'illah* hukum yang terdapat dalam suatu *nash*. Perkembangan corak penalaran *ta'lili* ini didukung oleh suatu kenyataan bahwa *nash* al-Qur'an maupun as-Sunnah dalam penuturannya dalam suatu hukum sebagian diiringi dengan penyebutan *'illah-'illah* hukumnya. Atas dasar *'illah* yang terkandung dalam suatu *nash*, permasalahan-permasalahan hukum yang muncul diupayakan pemecahannya melalui penalaran terhadap *'illah* yang ada dalam *nash* tersebut. Adapun corak penalaran *istislahi* merupakan upaya penggalian hukum yang bertumpu pada prinsip-prinsip *kemaslahatan* yang disimpulkan dari al-qur'an dan as-Sunnah.

Melihat bahwa putusan Mahkamah Agung dalam kasus posisi di atas, seakan-akan merupakan penyimpangan terhadap norma hukum yang terdapat dalam al-Qur'an, as-Sunnah maupun Kompilasi Hukum Islam(KHI), dimana anak perempuan Pewaris dapat *memahjub* saudara laki-laki kandung Pewaris dan anak non muslim Pewaris yang beragama Islam tetap mendapatkan warisan dengan *wasiat wajibah*, maka metode *istinbat* hukum yang digunakan oleh Mahkamah Agung adalah penerapan *maqashid al-syari'ah* dengan corak penalaran *ta'lili* dengan metode *istihsan*. Arti kata *istihsan* adalah menganggap baik terhadap sesuatu. Menurut Abd. Al-Wahab Khallah, *istihsan* adalah pindahnya pemikiran seorang *mujtahid* dari ketentuan *qiyas jali* (jelas) kepada *qiyas khafi* (kurang jelas) atau *dalil kulli* (umum) kepada ketentuan hukum *takhsis* (khusus) atas dasar adanya dalil yang memungkinkan perpindahan itu.[57]

Terdapat hubungan *istihsan* dengan *maqashid al-syari'ah,* dimana *maqashid al-syari'ah* merupakan pertimbangan yang menentukan dalam metode *istihsan*, yang merupakan *tahsis*

---

[57] Abd. Al-Wahhab Khallaf, ***Ilm Ushul al-Fiqh,*** (Kairo: Dar al-Kuwaitiyyah, 1968), hal. 79.

terhadap dalil yang sifatnya umum, juga secara metodologis merupakan alternatif pemecahan permasalahan yang tidak dapat dilakukan pemecahan-pemecahan dengan metode yang lain. Metode *istihsan* harus berorientasi kepada usaha mewujudkan *maqashid al-syari'ah* serta memperhitungkan dampak positif dan negatif dari penerapan suatu hukum, yang disebut *"al-nazar fi al-ma'alat"*.

Di samping itu metode *istinbat* hukum yang digunakan oleh Mahkamah Agung dalam memutus kasus posisi di atas, menggunakan corak penalaran *istislahi* dengan *metode maslahat*. Urgensi pertimbangan *maqashid al-syari'ah* denga corak *penalaran istislahi* dengan *metode maslahat* dalam kasus di atas, bahwa anak perempuan Pewaris *memahjub* saudara laki-laki kandung Pewaris, karena faktanya bahwa kehidupan sekarang menuju keluarga inti yang hanya terdiri dari suami, istri, anak-anak dan ayah serta ibu. Tidak saling melingdungi dan menanggung beban ekonomi antara paman dengan keponakan sehingga wajar apabila hanya ada anak (baik laki-laki atau perempuan) maka ia mendapat harta warisan Pewaris seluruhnya. Demikianpun anak yang non muslim mendapat bagian warisan dari Pewaris yang muslim, dengan alasan *"wa tuqsitu ilaihim"* (dan berlaku adil kepada mereka) berarti memberikan (*qistan*) dari kekayaan kepada mereka (yang non muslim) dalam rangka menjaga hubungan baik, dan inilah yang disebut *maslahah*.

Maslahah dalam pengertian istilah adalah manfaat yang dikemukakan oleh *Syari'* dalam menetapkan hukum untuk hambaNya. Urgensi kemaslahatan terdapat pada semua bentuk hukum, baik hukum-hukum yang berdasarkan pada wahyu maupun hukum yang dicipta oleh manusia berdasarkan *siyasah syar'iyyah*, sebab setiap kemaslahatan yang tidak ditunjukkan oleh *nash* secara khusus, akan tetapi hal itu sesuai atau tidak bertentangan dengan *ruh syari'at*, maka maslahat seperti itu dapat menjadi dasar hukum.

Proses bekerjanya *ijtihad* hakim Peradilan Agama dalam memutus kasus posisi di atas tidak dapat dilepaskan dari dua bentuk ijtihad, yaitu *ijtihad istinbati* dan *ijtihad tatbiqi*. Dalam *ijtihad istinbati*, terkandung upaya untuk meneliti *'illah* yang dikandung oleh *nash*, sedangkan dalam *ijtihad tatbiqi* berupa upaya untuk meneliti suatu masalah dimana hukum hendak didentifikasikan dan diterapkan sesuai dengan ide yang dikandung oleh *nash* dengan memfokuskan upaya mengkaitkan kasus-kasus yang muncul dengan kandungan makna yang ada dalam *nash*, dan ijtihad yang kedua ini disebut: *"tahqiq al-manat"*.

Dalam *ijtihad istinbati* mekanismenya adalah bahwa seorang hakim memfokuskan perhatiannya pada penggalian ide-ide yang terkandung dalam *nash* secara abstrak, sedangkan dalam *ijtihad tatbiqi* seorang hakim berupaya untuk menerapkan ide-ide yang abstrak kepada permasalahan-permasalahan hukum atau kasus-kasus yang kongkrit. Jadi obyek kajian *ijtihad istinbati* adalah *nash,* sedangkan obyek kajian *ijtihad tatbiqi* adalah manusia sebagai pelaku hukum dengan dinamika perubahan dan perkembangan yang dialaminya atau disebut sebagai upaya sosialisasi dan penerapan ide-ide *nash* pada kehidupan manusia yang senantiasa berkembang dan berubah sampai akhir zaman.

Antara *ijtihat istinbati* dengan *ijtihad tatbiqi* berkaitan dengan fungsi hakim Peradilan Agama untuk memutus perkara yang diajukan kepadanya, kedua ijtihad tersebut saling berkaitan dan memiliki hubungan yang saling memerlukan. Tidak mungkin melakukan *ijtihat tatbiqi* sebelum melakukan ijtihad istimbati dengan mengidentifikasi dan mengetahui permasalahan hukum (kasus kejadian) yang sesungguhnya, baru hakim melakukan *ijtihad istinbati* apa dasar hukum atau hukum yang pas atas kejadian atau kasus tersebut, disamping mengetahui tentang esensi dan ide umum suatu undang-undang atau *nash*, tetap menjadi tolok ukur dalam penerapan hukum. Kekeliruan dalam

menetapkan ide ayat akan melahirkan kekeliruan pula dalam menilai masalah baru dan penerapan hukumnya.

Mekanisme keterkaitan antara *ijtihad istinbati* dengan *ijtihad tatbiqi* dapat dilihat dalam kasusu posisi di atas, bahwa dalam al-Qur'an sudah sangat jelas, bahwa apabila hanya ada satu anak perempuan saja maka ia mendapat separoh (dari harta ayah/Pewaris). Demikian juga anak non muslim tidak dapat mewarisi harta warisan Pewaris. Dalam al-Qur'an maupun dalam as-Sunnah serta dalam Kompilasi Hukum Islam memang demikian aturan atau norma hukumnya.

Ayat al-Qur'an, as-Sunnah dan Kompilasi Hukum Islam di atas, menunjukkan norma hukum bahwa anak perempuan Pewaris tidak dapat *memahjub* saudara kandung laki-laki Pewaris, demikianpun anak non muslim terhalangi untuk mendapatkan warisan dari Pewaris yang muslim, upaya mengetahui kriteria norma hukum itu disebut *ijtihad istinbati.* Pada tahab berikutnya seorang hakim Peradilan Agama harus meneliti apa ide norma hukum yang ada dalam al-Qur'an, as-Sunnah dan Kompilasi Hukum Islam (KHI) itu, sesudah ditemukan ide dasarnya, pada tahap berikutnya hakim Peradilan Agama mengaplikasikan ide itu, lalu seterusnya mengadakan analisis apakah ide norma hukum di atas itu sesuai atau tidak dengan kasus kejadian yang dikehendaki al-Qur'an. As-Sunnah maupun Kompilasi Hukum Islam (KHI) itu, dan inilah yang disebut *ijtihad tatbiqi.*

Apabila dipahami lebih jauh mekanisme ijtihad dengan contoh di atas bahwa *ijtihad istinbati* mempunyai kaitan yang tidak dapat dipisahkan dengan keharusan memahami *maqashid al-syari'ah,* karena *ijtihat istinbati* tersebut merupakan upaya menggali ide-ide hukum yang terkandung dalam *nash*, lalu diterapkan ide hukum di atas dengan menggunakan *ijtihad tatbiqi*. Kedua ijtihad tersebut dapat berjalan dengan baik apabila dalam hal ini para hakim Peradilan Agama dapat memahami *maqashid al- syari'ah*

dengan baik pula.

Pengetahuan dan pemahaman *maqashid al-syari'ah* merupakan aspek penting dalam melakukan *ijtihad*. Orang yang berhenti pada *zahir ayat* atau pendekatan *lafziyyah* dan mengabaikan maksud-maksud pensyari'atan hukum akan dihadapkan pada kekeliruan dalam *berijtihad*. *Maqashid al-syari'ah* menjadi kunci keberhasilan hakim Peradilan Agama dalam ijtihad putusannya, karena kepada landasan tujuan hukum itulah setiap persoalan dalam kehidupan manusia dikembalikan. Baik terhadap masalah-masalah baru yang belum ada secara *harfiyah* dalam wahyu maupun dalam kepentingan untuk mengetahui apakah suatu kasus masih dapat diterapkan suatu ketentuan hukum atau tidak karena terjadinya pergeseran-pergeseran nilai akibat perubahan-perubahan sosial. Pemikiran isi (*ruh)* syari'at bukan bukan pemikiran teks (*lafdziyyah*) banyak dilakukan Umar bin Khaththab. Banyak ketentuan hukum Islam yang disebutkan dalam *nash* dipikirkan juga tentang *"jiwa"* yang melatarbelakanginya, hingga jika jiwa yang melatarbelakangi itu tidak tampak dalam penerapannya pada suatu saat dan keadaan tertentu, maka ketentuan hukum itu tidak dilaksanakan. Selama *'illat* hukum masih terlihat, maka ketentuan hukumnya dilaksanakan, sebaliknya jika *'illat* hukum tidak terlihat, maka ketentuan hukum tidak perlu dilaksanakan.

Setiap ketentuan hukum berkaitan dengan *'illat* yang melatarbelakanginya, jika *'illat* ada maka hukumnya pun ada dan jika *'illat* tidak ada maka hukumnyapun tidak ada. Memahami jiwa hukum merupakan suatu keharusan untuk menunjuk *'illat* hukum secara tepat dan dapat dipertanggungjawabkan.

Ijtihad yang dilakukan oleh hakim Peradilan Agama merupakan keniscayaan, sebab Kompilasi Hukum Islam (KHI) selesai dengan diundangkannya, tetapi permasalahan kehidupan dalam aspek hukumnya tidak pernah selesai, terus berkembang

dan dinamis.[58] Memang ijtihad bukan merupakan pekerjaan yang ringan, namun tetap diperlukan, karena persoalan-persoalan hukum senantiasa miuncul sesuai dengan kebutuhan, tuntutan tempat dan waktu. Ketiadaan ijtihad dapat melahirkan kevakuman hukum. Persoalan hukum muncul tanpa batas tempat dan waktu, sedangkan *nash-nash* dan peraturan perundang-undangan yang ada sangat terbatas, oleh karena itu ijtihad harus dilakukan.

Upaya ijtihad dewasa ini berbeda dengan upaya ijtihad yang dilakukan pada masa lalu. Hal ini disebabkan persoalan-persoalan yang muncul lebih kompleks. Pemecahannya memerlukan pendekatan yang *komprehensip,* baik dari segi budaya, ekonomi, soaial dan sebagainya. Disiplin-disiplin ilmu tersebut tidak dapat hanya dikuasai perorangan, tetapi oleh banyak orang sehingga memerlukan bantuan multi disiplin ilmu dari berbagai individu. Hal ini disadari oleh hakim Pengadilan Agama apabila kurang menguasai hal yang bukan bidangnya maka ia mendatangkan saksi ahli untuk membantu hal yang demikian itu.

Proses persidangan di Pengadilan Agama pada umumnya disidangkan oleh majelis yang terdiri dari tiga orang hakim atau lima orang hakim atau tujuh sampai sembilan orang hakim. Untuk itu dapat dikatakan bentuk ijtihad hakim Peradilan Agama merupakan bentuk *ijtihad jama'i* (*kolektif*), bukan bentuk ijtihad *fardi* (perorangan). Putusannya merupakan putusan majelis atau putusan bersama yang merupakan produk kerjasama akan lebih dapat mendekati kebenaran dibanding hanya dari perorangan saja. Dengan demikian maka *ijtihad jama'i* yang dilakukan oleh hakim Peradilan Agama dapat memberi isi yang

---

[58] Hasil wawancara dengan Bagir Manan, Mantan Ketua Mahkamah Agung RI, di Universitas Islam Sultan Agung (Unissula) Semarang, pada tanggal 10 Januari 2010.

padat dan komprehensif terhadap suatu putusan hukum. Aspek-aspek yang dikemukakan oleh para hakim dalam suatu majelis akan membantu dalam mengungkap *maqashid al-syari'ah* sehingga putusan yang dihasilkan oleh majelis hakim tersebut sesuai atau tidak bertentangan dengan *ide maqashid al-syari'ah* tersebut.

Peran Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam untuk Mengantisipasi Perkembangan Kehidupan Keluarga Muslim di Indonesia

Pengadilan Agama di samping sebagai *institusi hukum* yang menegakkan kepastian hukum dan keadilan, juga sebagai *institusi sosial*, yaitu mengakomodir dinamika perkembangan sosial dari aspek hukum yang berakibat putusan hakim pengadilan agama mempunyai nilai manfaat (*aspek sosiologis*). Dari sini penemuan hukum mutlat diperlukan, apalagi adanya perkembangan kehidupan (termasuk perkembangan hukum keluarga muslim di Indonesia).

Dalam penemuan hukum dikenal *aliran progresif* dan *aliran konservatif*. *Aliran progresif* berpendapat bahwa hukum dan pengadilan merupakan alat untuk *perubahan sosial*, sedangkan *aliran konservatif* berpendapat bahwa hukum dan peradilan hanyalah untuk mencegah kemrosotan moral dan nilai-nilai

lain.[59] Dalam penemuan hukum itu terdapat proses berpikir dari seorang ahli hukum dengan menggunakan *metode interpretasi* yang mengantarkan dan membawanya kepada suatu putusan hukum ataupun pengembangan hukum.

Penemuan hukum dengan metode interpretasi tersebut meliputi *gramatikal, historis, sistematis, teologis-sosiologis,* secara perbandingan hukum, *metode analogis*, *argumen a contrario*, pengahalusan hukum serta *antisipatis futuristis*. Dalam penerapannya metode pendekatan yang digunakan dalam metode penemuan hukum ini adalah *intelektual rasional* dan *intelektual logis*. *Intelektual rasional* dalam arti subyek penemu hukum mengenal dan memahami kenyataan kejadian yang peraturan hukumnya yang berlaku dan akan diperlakukan berikut ilmunya. Adapun *intelektual logis*, dalam arti penerapan hukum normatif terhadap kasus posisinya mengindahkan hukum logika, baik yang formil maupun yang materiil.

Hukum secara *empirik* bukan merupakan hal yang *statis*, tetapi selalu mengikuti perubahan masyarakat, oleh sebab itu hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, memahami dan mengikuti nilai-nilai hukum yang hidup dan berkembang dalam masyarakat. Oleh karena itu melalui putusannya seyogyanya hakim tidak menjauhkan putusan-putusan yang tidak membumi, dengan kata lain tidak bermanfaat bagi masyarakat.[60] Dengan demikian dalam rangka penegakan hukum dan keadilan sehingga dapat memberikan pengayoman bagi masyarakat banyak tergantung pada profesionalisme hakim, di samping aspek moral dan etika hakim sehingga putusan yang dijatuhkan dapat memenuhi tiga hal yang sangat esensial, yaitu:

---

[59] Sudikno Mertokusumo, ***Hukum Acara Perdata Indonesia,*** (Yogyakarta: Liberty, 1985), hal. 137.

[60] Achmad Ali, "Eksistensi Hakim dalam Penegakan Hukum di Indonesia," dalam ***Mimbar Hukum No. 52 Thn. XII 2001***, hal. 66.

keadilan (*nilai filosofis*), kepastian (*nilai yuridis*) dan kemanfaatan (*nilai sosiologis*). Sebab pada hakikatnya, segala sesuatu yang berhubungan dengan pelaksanaan tugas badan-badan penegak hukum dan keadilan tersebut baik buruknya tergantung dari manusia-manusia pelaksananya, *in casu* para hakim dan pejabat yang terkait.

Hakim sebagai figur sentral dalam proses peradilan, dituntut bukan hanya untuk mengembangkan kecerdasan intelektual dan ketrampilan teknis yustisial semata, tetapi juga harus membangun dan mengembangkan kecerdasar emosional dan kecerdasan moral spiritual yang memiliki dimensi universal yang berakibat dapat mengembangkan hukum yang disebut hukum progresif yang beresensi bahwa hukum bukan sebagai sebuah produk yang selesai ketika diundangkan, tetapi melalui proses pemaknaan yang tidak pernah berhenti, berupa ruh yang harus diraih tujuan (*maqashid al-syari'ah*)nya.

Di samping tugas hakim sebagaimana tersebut di atas, hakim juga mempunyai tugas secara kongkrit dalam memeriksa dan mengadili suatu perkara, melalui tiga tahap, yaitu:

(a) *mengkonstatir*, yaitu menetapkan dan merumuskan peristiwa kongkrit,

(b) *mengkualifisir,* yaitu menetapkan atau merumuskan peristiwa hukumnya, dan

(c) *mengkonstituir*, yaitu memberikan konstitusinya berupa penetapan hukumnya dan memberikan keadilan kepada para pihak yang bersangkutan.

Tugas hakim pada dasarnya adalah memberi putusan dalam setiap perkara yang dihadapkan kepadanya, menetapkan hal-hal seperti hubungan hukum, nilai hukum daripada perilaku, serta kedudukan hukum pihak-pihak yang terlibat dalam suatu perkara yang dihadapinya.

Peran Pengadilan Agama dalam mengakomodir perkembangan hukum keluarga Islam mutlak diperlukan. Dalam *perspektif sosiologis*, Pengadilan Agama bukan suatu institusi yang seratus persen otonom dalam masyarakat, tetapi ia ada bersama-sama dengan berbagai institusi lain yang dibutuhkan oleh masyarakat. Dalam *konteks makro*, Pengadilan Agama termasuk dalam hukum yang ada bersama-sama dengan sistem sosial dan dinamikanya. Dalam sistem sosial terdapat dinamika, perubahan baik yang disebabkan oleh waktu maupun tempat yang mengakibatkan perubahan hukum (Islam) *(taghayyurul ahkam bi taghayyil azmani wal amkani*). Pengadilan sebagai institusi yang terbuka, yaitu sebagai salah satu institusi sosial, maka harus tanggap dan mengakomodir perkembangan sosial dan hukumnya supaya putusannya bermanfaan pada masyarakat pencari keadilan.

Dalam kedudukan dan keadaan yang demikian itu, maka hukum itu senantiasa melakukan pertukaran dengan lingkungannya sebagaimana disebutkan di atas. Hukum, pengadilan tidak bisa bekerja menurut apa yang dianggapnya harus dilakukan, melainkan merupakan hasil pertukaran dengan lingkungannya yang besar itu. Dalam keadaan ini, bahwa proses hukum merupakan bagian dari proses sosial yang lebih besar. Keadaan yang demikian itulah, maka keberadaan Pengadilan Agama dapat dikatakan "ketiadaan otonomi mutlak" ia terbuka dan berkembang bersama perkembangan sosial dari aspek hukumnya bersama-sama masyarakat.

Dalam kaitan dengan pemahaman di atas, maka apa yang dihasilkan oleh Pengadilan Agama (berupa putusan) senantiasa merupakan keluaran dari hasil pertukaran tersebut di atas. Oleh karena itu menjadi penting untuk mendekati dan membicarakan hukum dalam konteks sosial yang lebih besar dengan pemahaman yang komprehensif. Salah satunya adalah pertukaran antara hukum dan kebudayaan, di sini antara hukum

dan kebudayaan sangat berbeda, yang benar adalah hukum tidak dapat dipisahkan dari sistem sosial atau budaya masyarakatnya. Dalam kenyataannya untuk mengoperasionalkan hukum (Islam, contoh Kompilasi Hukum Islam) sudah menjadi suatu yang sangat tinggi kadar teknisnya, sehingga bisa disifatkan sebagai teknologi.

Apabila dipahami dalam konteks yang demikian, maka niscaya hanya bisa berkonsentrasi kepada sistem hukum positif (Islam) saja, melainkannya menempatkan dalam konteks, perspektif dan determinasi kebudayaan. Kehidupan hukum (Islam) tidak lagi dilihat semata-mata sebagai kehidupan "peraturan" melainkan juga "perilaku", dan melalui perilaku inilah ditemukan antara lain interpretasi budaya oleh manusia (pengadilan) terhadap sekian peraturan hukum (Islam) yang berlaku di masyarakat.

Dengan melihat kehidupan dan dunia hukum (Islam) dari pandangan serta pendekatan yang demikian itu, maka di atas hukum masih ada wawasan etis dan moral. Hukum dalam pelaksanaannya (*aplikasi*) di Pengadilan Agama mengalami suatu "*reinterprestasi etis*" sebelum muncul sebagai suatu putusan. Hukum yang dipandang serba pasti pada akhirnya tidaklah demikian, karena mengalami berbagai macam interprestasi untuk menggali dan mencapai *maqashid al-syari'ah*.

Dengan demikian dapat dikatakan bahwa Pengadilan Agama bukan merupakan badan yang sepenuhnya otonom, melainkan senantiasa mengalami pertukaran dengan lingkungan-nya yang lebih besar. Hakim merupakan alat institusi pengadilan yang sangat strategis, yang mempunyai tugas sebagai: Penegak hukum dan keadilan yang wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Di sini terdapat pertukaran antara Pengadilan (Agama) dengan dinamika masyarakat.

Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, maka dapat dikatakan, bahwa Pengadilan Agama merupakan "*institusi yang dinamis*", sebagai institusi yang menata kembali masyarakat, menginter-prestasikan teks-teks undang-undang (Kompilasi Hukum Islam) dalam konteks masyarakat serta perubahan-perubahannya. Dengan demikian Pengadilan Agama itu tidak hanya dilihat sebagai bangunan serta institusi hukum, tetapi dapat juga dilihat sebagai institusi sosial Sebagai institusi sosial yang demikian itu, Pengadilan Agama tidak dapat dilihat sebagai institusi yang berdiri dan bekerja secara otonom, tetapi senantiasa berada dalam proses pertukaran dengan lingkungannya.

Pengadilan Agama bersama-sama dengan masyarakat yang membentuk *sruktur sosiologisnya*, dengan membuka cakrawala yang lebih luas, yaitu Pengadilan Agama tidak hanya sebagai suatu *"bangunan yuridis"* saja, melainkan terkait dengan sekalian komponen *"bamgunan sosiologi"*. Memperhatikan struktur sosiologis, bahwa Pengadilan (Agama) menerika kenyataan, bahwa tidak ada pengadilan yang sama di dunia, sekalipun fungsinya yang diembannya dikatakan sama, yaitu memeriksa dan mengadili. Tetapi karena Pengadilan (Agama) itu adalah institusi yang *"berakar budaya"* dan *"berakar sosial"*, maka tentu seharusnya ia tanggap terhadap dinamika (hukum) masyarakatnya, sehingga putusannya benar-benar bermanfaat pada masyarakat pencari keadilan.

Kaidah Hukum yang Dapat Diambil dari Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam dan Kontribusinya terhadap hukum Nasional

Setelah membaca kasus posisi dalam angka A di atas, dapat disimpulkan bahwa yang menjadi masalah pokok dalam sengketa harta warisan tersebut adalah mengenai ada tidaknya hubungan ahli waris dari saudara kandung orang yang meninggal dunia (pewaris) apabila orang yang meninggal dunia (pewaris) itu hanya mempunyai atau meninggalkan satu anak perempuan saja. Untuk itu sudak dapat diketahui bagaimana putusan Mahkamah Agung dan pertimbangan hukumnya dalam memutus perkara di atas dalam hukum kewarisan yang dipandang sebagai pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam.

Menurut Pengadilan Tinggi Agama Mataram saudara kandung pewaris merupakan ahli waris orang yang meninggal dunia (pewaris) di samping anak perempuan Pewaris. Untuk itu dari hasil pemeriksaan Pengadilan Agama Mataram telah terbukti bahwa Pewaris telah diakui bersama-sama telah meninggal dunia dengan meninggalkan seorang anak perempuan dan dan seorang saudara laki-laki kandung pewaris serta

meninggalkan harta peninggalan.

Dengan demikian, Pengadilan Tinggi Agama Mataram mengadili, menetapkan bagian masing-masing bahwa anak perempuan pewaris mendapatkan ½ bagian, dan saudara laki-laki kandung pewaris mendapatkan ½ bagian dari harta warisan pewaris. Dari pertimbangan dan putusan tersebut dapat disimpulkan bahwa saudara laki-laki kandung Pewaris mendapat harta warisan bersama-sama dengan anak perempuan Pewaris. Dengan demikian saudara laki-laki kandung Pewaris tidak *terhijab* (terdinding) oleh anak perempuan si Pewaris.

Putusan Pengadilan Tinggi Agama Mataram tersebut telah dibatalkan. Dalam pertimbangan hukumnya, bahwa Mahkamah Agung berpendapat: "selama masih ada anak baik laki-laki maupun perempuan, hak waris dari orang yang mempunyai hubungan darah dengan pewaris kecuali orang tua, suami dan istri menjadi tertutup (*terhijab*).

Pendapat ini, sejalan dengan pendapat Ibnu Abbas salah seorang ahli tafsir di kalangan sahabat Nabi dalam menafsirkan kata-kata *"walad"* pada ayat 176 Surat an-Nisa' yang perpendapat pengertiannya mencakup baik anak laki-laki maupun anak perempuan. Dari kasus posisi di atas terdapat pengembangan hukum kewarisan Islam dalam putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia, yaitu anak perempuan dari pewaris adalah menutup saudara kandung pewaris untuk mendapatkan warisan karena selama masih ada anak baik laki-lakli atau perempuan, maka hak waris dari orang yang mempunyai hubungan darah dengan pewaris, kecuali orang tua, suami dan istri menjadi tertutup (*terhijab*). Pendapat ini sejalan dengan pendapat Ibnu Abbas salah seorang ahli tafsir di kalangan sahabat Nabi dalam menafsirkan kata-kata *"walad"* pada ayat 176 Surat an-Nisa' yang perpendapat pengertiannya mencakup baik anak laki-laki maupun anak perempuan.

Setelah menganalisis kasus posisi di atas, dapat di tarik wujud pengembangan hukum kewarisan Islam dari putusan Mahkamah Agung RI, bidang hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam, khususnya hak waris dari orang yang mempunyai hubungan darah dengan Pewaris menjadi tertutup terhijab) karena ada anak baik laki-laki maupun perempuan.

Menurut Kompilasi Hukum Islam (KHI) dalam Bab II tentang Ahli Waris, Pasal 174 dinyatakan: (1) kelompk ahli waris terdiri dari (a) menurut golongan darah: golongan laki-laki terdiri dari ayah, anak laki-laki, paman dan kakek. Golongan perempuan terdiri dari: ibu, anak perempuan, saudara perempuan dan nenek. (b) menurut golongan perkawinan terdiri dari duda dan janda. (2) apabila semua ahli waris ada, yang berhak mendapatkan warisan hanya: anak, ayah, ibu, janda atau duda. Dalam Pasal 174 ayat (2) tersebut dalam penjelasan pasal demi pasal dinyatakan cukup jelas.

Apabila diteliti lebih lanjut dari bunyi Pasal 174 ayat (2) Kompilasi Hukum Islam (KHI) dinyatakan bahwa apabila semua ahli waris ada, maka yang berhak mendapatkan warisan hanya anak, ayah, ibu, janda atau duda. Ahli waris ini merupakan ahli waris utama, artinya selagi masih ada anak, ayah, ibu, janda atau duda, harta warisan jatuh padanya, dan bisa mendinding ahli waris lainnya.

Kaidah hukum yang dapat diambil dari ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) adalah kata *"aulat"* mencakup anak laki-laki dan anak perempuan. Menurut pendapat ini, baik anak laki-laki dan anak perempuan masing-masing mendinding (*memahjub*) saudara kandung Pewaris untuk mendapatkan harta warisan.

Dari kasus posisi kedua dari putusan Mahkamah Agung

yang menyatakan bahwa anak kandung (perempuan) yang beragama non Islam (Nasrani) status hukumnya bukan sebagai ahli waris, namun ia berhak mendapat bagian dari harta warisan kedua orang tuanya (Pewaris Muslim) berdasarkan wasiat wajibah, yang bagiannya sama dengan bagian anak (perempuan) ahli waris almarhum ayah dan ibunya.

Putusan yurisprudensi Mahkamah Agung tersebut dapat ditarik kaidah hukumnya, yaitu bahwa dalam hubungan waris Islam, perbedaan agama bukan merupakan salah satu dari penghalang seseorang untuk mendapat bagian harta warisan dari Pewaris (beragama Islam). Untuk memenuhi rasa keadilan sebagai salah satu prinsip hukum kewarisan Islam, maka nono muslim berhak mendapatkan bagian dari harta peninggalam Pewaris (muslim) dengan menggunakan konstrksi hukum wasiat, yaitu "wasiyat wajibah".

Ada dua cara yang ditempuh dalam pembinaan hukum nasional, yaitu melalui pembentukan perundang-undangan dan melalui putusan-putusan hakim (yurisprudensi). Putusan (yurisprudensi) hakim Peradilan Agama menduduki tempat yang sangat penting, karena dalam putusan (yurisprudensi) orang dapat menemukan wujud kaidah hukum yang konkrit, disamping itu sesuai dengan fungsi hakim, melalui putusan (yurisprudensi) dimungkinkan adanya penyesuaian kaidah hukum dengan tuntutan perubahan, baik perubahan keadaan maupun perubahan rasa keadilan.

Melihat posisi kasus dalam penelitian ini, terdapat kontribusi hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) terhadap hukum nasional, yaitu: "Anak perempuan Pewaris, *menghijab* saudara laki-laki Pewaris dan ia mendapatkan seluruh harta warisan Pewaris". Dan putusan dalam kasus yang lain dinyatakan: "anak kandung (perempuaan) yang beragama non

Islam (Nasrani) ia berhak mendapatkan bagian dari harta warisan kedua orang tuanya (Pewaris) berdasarkan *wasiat wajibah* yang bagiannya sama dengan bagian anak perempuan ahli waris almarhum ayah dan ibunya".

Yurisprudensi Mahkamah Agung tersebut di atas, berbeda dengan norma hukum yang terlegalitas dalam al-Qur'an, as-Sunnah maupun Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang dinyatakan dalam kasus pertama, bahwa "jika anak perempuan itu seorang saja, maka ia memperoleh separoh harta ...", dan dalam kasus kedua dinyatakan secara *muttafaq alaih* bahwa : " orang Islam tidak mewarisi harta orang kafir, dan orang kafir tidak mewarisi harta orang Islam". Dalam Kompilasi Hukum Islam dinyatakan: " ahli waris adalah orang pada saat meninggal dunia mempunyai hubungan darah, atau hubungan perkawinan dengan Pewaris, beragama Islam dan tidak terhalang oleh hukum untuk menjadi ahli waris".

Putusan ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangn hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) tersebut dapat dikonstribusikan dalam hukum nasional. Putusan peradilan Agama yang digali dari ajaran atau hukum Islam atau penerapan ajaran atau hukum Islam akan menjelma dalam bentuk asas dan prinsip hukum yang bersumber dari ajaran atau prinsip serta pesan *tata nilai religius*, yang merupakan cara pikir rakyat dan bangsa Indonesia yang *"magis religius"*. Putusan Mahkamah Agung tersebut merupakan pembentukan kaidah hukum, yang bersumber dari ajaran dan hukum Islam menjadi bagian dari sistem hukum nasional. Di samping itu dalam putusan yurisprudensi tersebut, melahirkan atau mengadaptasi ajaran (*doktrin*) hukum menurut ajaran Islam menjadi ajaran (*doktrin*) sistem hukum nasional. Dengan demikian tidak ada lagi dualisme antara hukum Islam dengan hukum nasional karena tercermin secara utuh dalam putusan

(yurisprudensi), dan produk hukum Islam yang menjadi milik dan dinikmati orang Islam Indonesia saja, tetapi dapat pula dimiliki dan dinikmati oleh agama lain selain Islam, yang dinamakan hukum nasional.

Dengan demikian terjadilah refleksi sinergi yang tercermin dalam formulasi hukum Islam maupun aplikasinya (penerapan atau putusan) hukum yang memadukan yang melahirkan antara paham keagamaan (yang menjadi milik orang Islam saja) dengan paham kebangsaan (yang menjadi milik umum atau seluruh bangsa). Dengan demikian eksistensi hukum Islam sebagai bagian yang tidak terpisahkan dari kesadaran masyarakat muslim Indonesia mengenai hukum dan keadilan yang memang jelas keberadaan atau eksistensinya dalam rangka hukum nasional, tetapi disamping itu bahwa produk hukum Islam yang terlahir dari ajaran atau hukum Islam dapat membantu dan melayani masalah hukum dari subyek hukum yang lain serta materi putusan yurisprudensi Peradilan Agama tersebut dapat diadopsi ke dalam pengertian hukum nasional.

Selain kontribusi melalui ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) terhadap hukum nasional, secara umum kontribusi itu dapat berupa kontribusi dalam bentuk asas-asas hukum Islam yang mendasari kaidah hukum. Dengan asas hukum yang mendasari kaidah hukum tersebut, maka asas hukum merupakan kendali agar kaidah hukum tidak diterapkan atau ditegakkan secara menyimpang dari cita hukum, fungsi dan tujuan hukum. Disamping itu asas hukum merupakan instrumrn dimanisator suatu kaidah hukum, sehingga dapat diterapkan dan ditegakkan secara adil, benar, tepat dan manfaat bagi individu dan masyarakat.

Dalam kontribusi kaidah-kaidah hukum Islam dalam hukum nasional, perlu pemahaman karakteristiknya, yaitu bahwa

kaidah-kaidah hukum Islam yang normatif semata-mata akan berlaku bagi orang-orang yang beragama Islam dan kaidah-kaidah hukum Islam yang berlaku umum dapat diperlakukan semua orang tanpa membedakan kepercayaan (agama) dari orang yang bersangkutan. Kaidah-kaidah hukum Islam dalam bidang ibadah hanya berlaku bagi mereka yang beragama Islam, sedang kaidah-kaidah hukum Islam dalam bidang mu'amalah ada pula yang berlaku bagi mereka yang beragama Islam dan dapat pula berlaku secara umum.

Dalam kontribusi subyek hukum Islam adalah orang-orang yang beragama Islam. Apakah hukum Islam mengandung pula subyek hukum bagi mereka yang tidak beragama Islam. Hal ini tergantung pada karakteristik dari asas dan kaidah hukum Islam itu. Suatu asas atau kaidah hukum Islam akan berlaku umum, apabila keberlakuan (penerapan) kaidah hukum Islam itu bersifat netral, artinya tidak berkaitan dengan kepercayaan pengamut agama tertentu, dan harus dapat dibuktikan bahwa kaidah hukum Islam tersebut akan menjamin secara universal berlakunya tujuan hukum, serta harus dapat dibuktikan pula bahwa asas dan kaidah hukum Islam tersebut mampu memenuhi kebutuhan hukum masyarakat secara umum.

Kontribusi hukum Islam tentang obyek hukum Islam cakupannya lebih luas, tidak hanya hukum keduniaan saja (mu'amalah) tetapi juga menyangkut hukum ibadah. Dalam bidang hukum mu'amalah lebih banyak mengandung norma yang memberikan kontribusi masuknya hukum Islam ke dalam hukum positif, sehingga masa yang akan datang perlu dipikirkan kontribusi yang lebih mengarah pada peranan hukum Islam dalam mempengaruhi hukum nasional. Untuk itu jalur kontribusi hukum Islam, ditinjau dalam perspektif pembinaan hukum nasional dapat lewat peraturan perundang-undangan, melalui yurisprudensi, hukum kebiasaan, dan putusan-putusan

lain yang bukan peraturan perundang-undangan.

Kontribusi hukum Islam dalam peraturan perundang-undangan saat ini masih terbatas usaha menempatkan hukum Islam dalam peraturan perundang-undangan nasional lebih ditentukan pada peraturan yang khas berlaku bagi mereka yang beragama Islam, belum banyak diungkapkan dimensi-deminsi hukum Islam yang berkaitan dengan kehidupan kebangsaan secara keseluruhan yang diserap dalam peraturan perundang-undangan nasionat serta pemikiran memasukkan hukum Islam dalam sistem perundang-undangan nasional belum banyak diarahkan pada asas hukum yang umum yang dapat berlaku secara umum. Secara nyata bahwa hukum Islam memberikan kontribusi dalam peraturan perundang-undangan di negara Indonesia ini, seperti Undang-undang Perkawinan, Undang-undang Peradilan Agama, Kompilasi Hukum Islam, Undang-undang Pengelolaan Zakat, Undang-undang Penyelenggaraan Haji, Undang-undang Perwakafan, Undang-undang Perbankan Syari'ah dan sebagainya.

Kontribusi hukum Islam melalui yurisprudensi. Yurisprudensi merupakan instrumen lain dalam pembentukan hukum.Peraturan perundang-undangan Mahkamah Agung mewajibkan hakim untuk menemukan hukum yang tepat dalam menetapkan suatu putusan. Hal ini diperlukan agar hakim dalam memberikan keadilan sebagaimana mestinya. Dalam hal demikian, hakim dapat menggunakan asas atau kaidah hukum Islam yang dipandang dapat menemukan rasa keadilan bagi pencari keadilan.

Kontribusi hukum Islam melalui pengembangan hukum kebiasaan, hal ini merupakan tantangan tersendiri bagi umat Islam untuk menjadikan setiap hukum Islam sebagai *"way of lafe"* nya. Apabila hukum Islam telah menjadi suatu kenyataan yang berakar dari kehidupan masyarakat, maka hukum Islam tersebut

akan berlaku dan dijalankan tanpa harus menunggu pengukuhan oleh perundang-undangan.

WORLD CLASS ISLAMIC UNIVERSITY
UNISSULA
UNIVERSITAS ISLAM SULTAN AGUNG

Kampus Merdeka
INDONESIA JAYA

Bismillah membangun
Generasi Khaira Ummah

ASIC
ACCREDITED PREMIER INSTITUTION

إنا لله وإنا إليه راجعون

Rektor dan *Civitas Academica* Unissula
mengucapkan turut bela sungkawa
atas wafatnya

Dr. H. Akhmad Khisni, SH., MH.

Dosen Fakultas Hukum UNISSULA

**Semoga Almarhum husnul khotimah
diampuni segala kesalahannya
serta diterima segala amal ibadahnya
oleh Allah SWT. Dan mendapatkan
tempat terbaik di sisiNya.
Semoga keluarga yang ditinggal diberikan
ketabahan dan kesabaran.
Aamiin....**

YourUnissula Universitas Islam Sultan Agung www.unissula.ac.id

BudAi IGES

DAFTAR PUSTAKA

Abd. Al-Wahhab Khallaf, ***Ilm Ushul al-Fiqh,*** (Kairo: Dar al-Kuwaitiyyah, 1968)

Abdul Gani Abdullah, "Peradilan Agama Pasca Undang-undang No. 7 tahun 1989 dan Perkembangan Studi Hukum Islam di Indonesia," dalam ***Mimbar Hukum No. 17 Thn. V 1995***.

Achmad Ali, "Eksistensi Hakim dalam Penegakan Hukum di Indonesia," dalam ***Mimbar Hukum No. 52 Thn. XII 2001***.

Ahmad Rofiq, ***Fiqh Mawaris***, Cet. Keempat (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2002).

Ahmad Tholabi Kharlie, "Al-Syaukani: Profil Pembaru Pemikiran Hukum Islam," dalam ***Mimbar Hukum No. 53 Thn. XII 2001.***

Ali Yafie, "Ke Arah Kontekstualisasi Fiqh," dalam ***Mimbar Hukum No. 13 Thn. V 1994.***

Amir Mu'allim, Metode Ijtihad Hukum Islam di Indonesia: Upaya Mempertemukan Pesan-pesan Teks dengan Realitas Sosial, (Pidato Pengukuhan dalam Jabatan Guru Besar dalam Ilmu Fikih, UII, 17 Juni 2006)

Bagir Manan, Peranan Peradilan Agama dalam Pembinaan Hukum Nasional, dalam Juhhaya S. Praja, ***Hukum Islam di Indonesia: Pemikiran dan Praktek***, Cet. 1, (Bandung: Remaja Rosdakarya, 1991).

Hasil wawancara dengan Bagir Manan, Mantan Ketua Mahkamah Agung RI, di Universitas Islam Sultan Agung (Unissula) Semarang, pada tanggal 10 Januari 2010.

Hasil Wawancara dengan Rozikhan, Ulama' Muhammadiyah, Wakil Ketua P. W Jawa Tengah, pada tanggal 2 Januari 2010.

Mohammad Daud Ali, "Pengembangan Hukum Materiil Peradilan Agama," dalam ***Mimbar Hukum No. 17 Thn. V 1994***.

Putusan Pengadilan Agama Jakarta Pusat: No. 377/Pdt.G/1993/PA-JK, tanggal 4 Nopember 1993 M, bertepatan dengan tanggal 19 jumadil Awal 1414 H. Jo. ***Putusan Pengadilan Tinggi Agama Jakarta:*** No. 14/Pdt. G/1994/PTA-JK, tanggal 25 Oktober 1994 M, bertepatan dengan tanggal 20 Jumadil Awal 1415 H. Jo. ***Putusan Mahkamah Agung RI:*** No. 368.K/AG/1995, tanggal 16 Juni 1998.

Putusan Pengadilan Agama Mataran: No. 85/Pdt. G/92/V/PA. MTR, tertanggal 5 Nopember 1992 M, bertepatan tanggal 10 Jumadil Awal 1413 H, Jo. ***Putusan Pengadilan Tinggi Agama Mataran:*** No. 19/Pdt. G/1993/PTA. MTR, tanggal 15 September 1993 M, bertepatan dengan tanggal 28 Rabiul Awal 1414 H, Jo. ***Putusan Mahkamah Agung RI***: No. 86 K/AG/194, tanggal 28 April 1995.

Roihan A. Rasyid, " Hukum Kasus dan Hukum dalam Fungsi Mengatur (Terapannya di Pengadilan Agama," dalam ***Mimbar Hukum No. 19 Thn. VI 1995.***

Satria Efendi M. Zein, "Ijtihad dan Hakim Peradilan Agama,", dalam ***Mimbar Hukum No. 10 Thn. 10 1993***.

------------, "Analisis Fiqh," dalam ***Mimbar Hukum No. 30 Thn. VIII 1997***

------------, "Pendidikan Syari'ah di IAIN dan Pembinaan Sikap Independen dalam hukum Islam," dalam ***Mimbar Hukum No. 11 Thn. IV 1993***,

------------, ***"Munawir Sjadzali dan Reaktualisasi Hukum Islam di Indonesia,"***ed. Muhammad wahyuni Nafis dalam Kontekstualisasi Ajaran Islam, 70 Tahun Manawir Sjadzali, Cet. 1 (Jakarta: PT. Temprint, 1995

Sudikno Mertokusumo, ***Hukum Acara Perdata Indonesia,*** (Yogyakarta: Liberty, 1985)

Suwardi, *Aktualisasi Hukum Islam dan Pluralisme Agama,* Tesis, (Semarang: Magister Ilmu Hukum Unissula, 2006),

Syamsuhadi Irsyad, "Menegakkan Citra Hukum," dalam ***Mimbar Hukum No. 39 Thn. IX 1998***.

Taufiq, "Lima tahun Undang-undang Peradilan Agama: Beberapa Pemikiran tentang Pengembangan Hukum Materiil dan Tenaga Teknis Peradilan Agama," dalam ***Mimbar Hukum No. 17 thn. V/1994***.

------------, ***Ijtihad Hakim Agama***, Makalah Disampaikan Pada Seminar Nasional Hukum Islam dan Perubahan Sosial, di Semarang, Oktober 1990.

Yahya harahap, "Pengembangan Yurisprudensi Tetap (Bagian Pertama)," dalam ***Mimbar Hukum No. 15 Thn. V 1994***.

WORLD CLASS ISLAMIC UNIVERSITY

UNISSULA

UNIVERSITAS ISLAM SULTAN AGUNG

SEMARANG – INDONESIA

https://unissula.ac.id/

Dr. H. A. Khisni, S.H., M.H., lahir di Jepara pada tanggal 8 Agustus 1957, dosen pada Fakultas Hukum Unissula dan Program Magister Ilmu Hukum Unissula.

Pendidikan ditempuh mulai dari Madrasah Ibtidaiyah Sultan Agung dan dilanjutkan di SMP Islam Sultan Agung di Jepara. Setelah jeda selama 3 tahun untuk menjadi santri di Ponpes Raudlotut Thalibin Leteh Rembang, melanjutkan pendidikan di SMA Islam Sultan Agung di Jepara. Setelah menamatkan Pendidikan Serjana Hukum dari Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung Semarang menjadi Dosen tetap di almamaternya tersebut.

Gelar Magister Hukum diperoleh dari Universitas Indonesia Jakarta, sedang gelar Doktor diperoleh dari Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia Yogyakarta.

Pendidikan keagamaan diperoleh dari sang ayah, KH. Nor Ihsan semasa kecilnya sampai tamat MI, dengan mendalami ilmu nahwu dan fikih. Selama sekolah di SMP oleh ayahnya dipondokkan di Pesantren Miftahul Ulum Kriyan Jepara yang diasuh oleh KH. Muslim dengan mendalami ilmu-ilmu akidah (tauhid). Selepas SMP menjadi santri KH Bisri Mustofa di Pondok Pesantren Leteh Rembang. Pada waktu sekolah SMA mendalami ilmu-ilmu ushul fikih, qawaidh fiqiyah dan ilmu hadist pada Ponpes Al Hidayah Purwogondo Jepara yang diasuh KH. Turmudzi.

Selain sebagai dosen juga berprofesi sebagai advokat. Dari profesi yang satunya inilah penulis buku ini memperoleh pengalaman yang berharga dalam studi dan implementasi hukum, terutama hukum Islam dan penegakaannya.

Dari perkawinannya dengan Dra. Diah Mardiyah, S.Psi, mendapatkan seorang putra, Khisda Azka Himawan.

Buku yang telah diterbitkan : Hukum Islam, Hukum Peradilan Agama, Hukum Islam Antara Teks Dengan Konteks, Hukum Waris Islam, Perkembangan Pemikiran Hukum Islam (Ikhtiyar Pendidikan Doktor Membekali Calon Mujtahid menggali Maqashid al-Syari'ah untuk Mewujudkan Hukum Islam yang Kontekstual), Epistemologi Hukum Islam, Aliran-Aliran Pemikiran Dalam Hukum Islam, Fiqih Kontemporer (Kompilasi Hukum Islam Produk Realitas Sosial Bidang Hukum Keluarga Masyarakat Muslim Indonesia Kontemporer), serta Metode Ijtihad dan Istimbat, Ijtihad Hakim Peradilan Agama.

UNISSULA PRESS
ISBN. 978-602-8420-66-2